REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Sustanciador

Radicación No. 26-2019-00688-01

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

DEMANDANTE: **GLADYS CRISTINA BARRERA PULIDO**

DEMANDADO: **COLPENSIONES**

PROTECCIÓN S.A.

ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (PROTECCIÓN S.A.) // CONSULTA COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá el día 7 de febrero de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandada Colpensiones presentó alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 7 de marzo de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora GLADYS CRISTINA BARRERA PULIDO instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN S.A., como aparece a

folios 4 a 16 del archivo 001 expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación realizada por GLADYS CRISTINA BARRERA PULIDO a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., por falta de cumplir con el deber de información.

2. Que, como consecuencia de la anterior declaración, se ordene a COLPENSIONES afilie al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a la señora GLADYS CRISTINA BARRERA PULIDO, como si su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, nunca se hubiera dado.

3. Que en virtud de ese regreso automático al régimen de prima media con prestación definida, se condene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes que recibió con motivo de la afiliación de la señora GLADYS CRISTINA BARRERA PULIDO.

4. Que se condene a las demandadas en las costas y agendas de derecho, derivadas de este proceso.

5. Que se condene en Ultra y Extra petita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda la COLPENSIONES (fls.109 a 117 del archivo 001 del expediente digital), y PROTECCIÓN S.A. (fls. 1 a 24 Archivo 008 del expediente digital), de acuerdo a los autos de fecha 6 de octubre de 2020 y 6 de abril de 2021.

COLPENSIONES, y PROTECCIÓN se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 7 de febrero de 2022 **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de la señora GLADYS CRISTINA

BARRERA PULIDO, del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a partir del año 2001; **CONDENÓ** a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, la totalidad de los aportes realizados por la demandante junto con los rendimientos causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; **ORDENÓ** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, que acepte el traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante; **DECLARÓ** no probadas las excepciones propuestas; **CONDENO** en costas a la demandada PROTECCIÓN S.A.; y **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (PROTECCIÓN)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia así:

1. De la devolución de gastos de administración y rendimientos.

Sostiene la apoderada que no hay lugar a ordenar la devolución de los gastos de administración, debido a que la deducción de dineros a la demandante por este concepto, no fue realizada por capricho de la entidad, sino conforme a una disposición legal valida exigible aplicable y vigente, y a la fecha se tratan de comisiones ya pagadas y causadas por la administración de la cuenta de ahorro individual de la actora, además, indicó que de entenderse que su representada no realizo en debida forma su gestión de administración y se ordene la devolución de estos conceptos a Colpensiones, solo debería ordenarse el traslado de los aportes sin los rendimientos generados mientras la demandante estuvo afiliada en el RAIS, ya que los mismos son producto de la gestión y de la buena administración de la AFP.

Finalmente, alega que, la declaratoria de la nulidad o la ineficacia del traslado, tiene como consecuencia jurídica que las cosas vuelvan al estado anterior, por lo que solo se deberían trasladar los aportes que se encuentren acreditados en la cuenta de ahorro individual de la demandante sin los rendimientos financieros, ya que estos, se generan exclusivamente en el régimen de ahorro individual, y de estar

afiliada todo ese tiempo en el régimen de prima media no hubiera recibido dichos valores.

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar**: 1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., efectuado por la señora **GLADYS CRISTINA BARRERA PULIDO** el día 1 de febrero de 2001; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PROTECCIÓN S.A., devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso, que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PROTECCIÓN S.A. el 1 de febrero de 2001, con fecha de efectividad el 01 de abril de 2001 (fl.47 del archivo 008 del expediente digital)

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos por razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado

al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994.Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo

los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del

> 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **COLPENSIONES aportó:** expediente administrativo. **AFP PROTECCIÓN aportó:** Formulario de afiliación a PROTECCIÓN de fecha 1 de febrero de 2001, Historia laboral consolidada emitida por su AFP, reporte de estado de cuenta, Formulario de re asesoría pensional, asesoría comparativa de pensión entre los regímenes de ahorro individual y prima media SIAFP, políticas de ejecutivos comerciales para asesorar y vincular personas naturales, concepto emitido por la Superintendencia financiera, comunicado de prensa; **AFP COLFONDOS** se tuvo por no contestada.

Es decir que los fondos demandados no allegan pruebas suficientes de las que pueda determinarse la suficiente información brindada el día 1 de febrero de 2001, fecha del traslado de régimen, pues si bien acredito informarle la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, conforme lo establece la ley 100/93, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5, no pasa lo mismo con temas tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, y la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS.

Y aunque la AFP afirma en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la totalidad de la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen, sin que tal presupuesto se tenga por desvirtuado con el reconocimiento de las firmas que obran en el formulario y el documento comparativo de pensiones entre regímenes, o manifestaciones tales como que el asesor le explico que los aportes se dirigían a una cuenta de ahorro a su nombre, y que dichos dineros financiarían una eventual pensión, pues nótese que solo le indicaron ventajas, cuando la debida información, implica también las consecuencias y desventajas del cambio de régimen pensional.

Claramente para el momento del traslado 1 de febrero de 2001, la demandante tenía 286.71 semanas (fl.49 a 62 del Archivo 008 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 39 años (nació el 31 de mayo de 1955 – fl.59 del Archivo 001 del expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM cuando cumpla con la densidad mínima de semanas requeridas (precisando que para el 28 de octubre de 2020, fecha de expedición del último reporte de semanas cotizadas a la AFP PROTECCIÓN S.A., la demandante había cotizado un total de 1298.71 semanas, (fl.49 a 62 del Archivo 008 del expediente digital) en cambio en el RAIS para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no

escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debió ser la administradora quien acredite la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y no solo proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP PROTECCIÓN S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP PROTECCIÓN S.A., el 1 de febrero de 2001, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que PROTECCIÓN S.A. no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

> *"Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021,* ***los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen,*** *precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad."*

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se prueba que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

> *(…) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.*
>
> *En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.° 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(…)*

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ

SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

> *"(…) 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.*
>
> *"(…) 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 y CSJ SL4989-2018, 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."*

Del mismo modo, en lo que respecta al punto apelado por la AFP en lo que refiere a la orden de devolver los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

> *"(…) 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.***

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de ***ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos****, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)*

De lo anterior es claro, que pese a lo argumentado por la AFP apelante, el criterio dispuesto por nuestro órgano de cierre, establece que con la declaratoria de ineficacia del traslado, debe ordenarse no solo la devolución de los aportes del afiliado, sino también conceptos tales como los rendimientos, bonos pensionales, y con cargo a los recursos de las administradoras, los valores correspondientes a gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, en razón a ello, y en virtud al grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, hay lugar a **ADICIONAR** el ordinal SEGUNDO del fallo recurrido en el sentido de ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES con cargo a sus propios recursos, los valores recibidos durante la afiliación de la demandante, correspondientes a los gastos de administración, comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

Debe indicarse que Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Finalmente, bajo las anteriores consideraciones se **CONFIRMARÁ** en lo demás la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **GLADYS CRISTINA BARRERA PULIDO** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP PROTECCIÓN S.A., el 1 de febrero de 2001.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso de la apelante AFP PROTECCIÓN S.A., habrá lugar a condenarla en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a las recurrentes, y a favor de la parte actora que se incluirían en la liquidación de costas que efectúe el *A quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: **ADICIONAR** ordinal SEGUNDO de la sentencia proferida el 7 de febrero de 2022 por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES con cargo a sus propios recursos, los valores recibidos durante la afiliación de la demandante, correspondientes a los gastos de administración, comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 7 de febrero de 2022 por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada AFP PROTECCIÓN S.A., y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV, a cargo de cada una de las apelantes.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502620190068801)

Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310502620190068801)

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502620190068801)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Gladys Cristina Barrera Pulido
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**026-2019-00688-**01

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mí consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **43ab99bd50c34a30a102daa16acdbe1c2ef63ba97402d8ec1bc13e1440b5ae91**

Documento generado en 11/09/2022 09:51:52 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Sustanciador

Radicación No. 32-2014-00231-02

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

DEMANDANTE: **WILLIAM ROY VILLANUEVA MELÉNDEZ**
DEMANDADO: **SAYBOLT DE COLOMBIA LTDA**
ASUNTO : **APELACIÓN (DEMANDANTE)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 32° Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de enero de 2019, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante, así como la apoderada de la parte demandada SAYBOLT DE COLOMBIA LTDA presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 22 de junio de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor **WILLIAM ROY VILLANUEVA MELÉNDEZ**, instauró demanda ordinaria laboral en contra de **SAYBOLT DE COLOMBIA LTDA,** con sus respectivos sustentos, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor, por los siguientes conceptos (fls 359 a 362 – subsanación de demanda):

PRETENSIONES PRINCIPALES:

1) Que se declare que el demandante fue despedido ilegalmente.

2) Que a consecuencia del despido ilegal, se declare que el contrato laboral no ha tenido solución de continuidad, y por ello, se reintegre al demandante al cargo que ocupaba al momento del despido, o a uno de igual o superior categoría.

3) Que también como consecuencia del despido ilegal, se reconozcan y paguen al demandante los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por éste, desde el momento de su despido.

4) Que se declare que la sociedad demandada no pagó la totalidad de salarios y prestaciones sociales que correspondían al demandante a la fecha del despido ilegal.

5) Que se ordene a la demandada reconocer y pagar al actor los salarios y prestaciones sociales impagados hasta la fecha del despido ilegal.

6) Que se condene a la demandada a reconocer y pagar al actor los perjuicios y daños morales ocasionados por cuenta de su afectación a la honra y dignidad y condición ética e imagen profesional pública.

7) Que se condene a la sociedad demandada a reconocer la indexación e intereses sobre todas las sumas que se decreten en favor del demandante.

8) Que la demandada asuma los honorarios legales y todos los gastos del juicio.

9) Que se declare que existe unidad de empresa, entre las sociedades colombianas SAYBOLT DE COLOMBIA SAS y CORE LABORATORIES BV Sucursal Bogotá, y las sociedades SAYBOLT LP y CORE LABORATORIOS NV de Estados Unidos.

10) Que se condene a la demandada a reconocer todos los cargos asociados a lo que *ultra* y *extra petita* resulte probado.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:

1) Que se declare que el demandante fue despedido injustamente.

2) Que como consecuencia del despido injusto, se ordene a la sociedad demandada que reconozca y pague al actor la indemnización por despido injusto del Art. 64 del CST.

3) Que como consecuencia de que la demandada adeuda salarios y prestaciones sociales al demandante a la fecha del despido, se ordene a la sociedad demandada que reconozca y pague al actor la sanción moratoria contemplada en el Art. 65 del CST.

4) Que se condene al empleador a reconocer la indexación e intereses sobre las sumas indemnizatorias de los Arts. 64 y 65 del CST.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **SAYBOLT DE COLOMBIA LTDA,** contestó la demanda (fls. 391 a 667), de acuerdo al auto que data del 6 de octubre de 2014, visible a folio 819 del expediente, oponiéndose a las pretensiones y proponiendo en su defensa excepciones de mérito.

REFORMA DE LA DEMANDA

El señor **WILLIAM ROY VILLANUEVA MELÉNDEZ**, presentó reforma de la demanda ordinaria laboral en contra de **SAYBOLT DE COLOMBIA LTDA,** con sus respectivos sustentos, invocando nuevas pretensiones, por los siguientes conceptos (fls 683 a 684 escrito reforma de la demanda):

1. Que se reconozca la condición de salarios a la porción de viáticos que la sociedad demandada reconocía y pagaba al demandante.

2. Que se reconozca la condición de salario al subsidio de vehículo y al subsidio de gasolina que la demandada reconocía y pagaba al actor.

3. Que se reconozca y pague los días de vacaciones no disfrutadas pendientes de pago al demandante en su liquidación final.

4. Que se reconozca que el compromiso laboral del demandante frente a la sociedad demandada finalizó el 23 de junio de 2008.

5. Que se reconozca al demandante el ajuste salarial de 5.69% concedido por igual a todos los demás trabajadores a partir del 1 de abril de 2008.

6. Que se establezca que la sociedad demandada ejecuta las actividades de alto riesgo determinadas en el Decreto – Ley 2090 de 2003.

7. Que se ordene a la sociedad demandada, el reconocimiento y depósito en el respectivo fondo de pensiones, del cálculo actuarial de los aportes pensionales del demandante, que deberá hacer el fondo de pensiones

respectivo, desde la fecha de su despido hasta la fecha del reintegro, o de la liquidación definitiva, teniendo en cuenta el salario indexado a dicha fecha y las disposiciones del Decreto – Ley 2090 de 2003.

CONTESTACIÓN DE REFORMA DE LA DEMANDA

La demandada **SAYBOLT DE COLOMBIA LTDA,** contestó la reforma de la demanda (fls. 820 a 872), de acuerdo al auto que data del 14 de abril de 2015, visible a folio 873 del expediente, oponiéndose a las pretensiones y proponiendo en su defensa excepciones de mérito.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO TREINTA Y DOS LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 27 de enero de 2019. **DECLARÓ PRPBADAS LAS EXCEPCIONES** denominadas por la demandada como, INOPERANCIA DE LA CALIFICACIÓN DE LA ACTIVIDAD DE ALTO RIESGO, NO OBLIGATORIEDAD DE INCREMENTO DE SALARIO, IMPROCEDENCIA DEL REINTEGRO, IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE DAÑO MORAL, IMPROCEDENCIA DE LA UNIDAD DE EMPRESA, INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES RECLAMADAS, COBRO DE LO NO DEBIDO, IMPROCEDENCIA DEL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA propuesta por la demandada.

ABSOLVIÓ a la demandada SAYBOLT DE COLOMBIA LTDA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante WILLIAM ROY VILLANUEVA MELÉNDEZ.

Condenó en **COSTAS** a la parte demandante y a favor de la demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a 6 SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación de los siguientes puntos de la sentencia:

1. **ANALISIS PREVIO:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se accedan a las pretensiones declarativas y condenatorias incoadas en la demanda, como quiera que, se configura un fraude, de conformidad con el folio 189 del plenario, el representante legal de Core Laboratories International BB, el Doctor Antonio María San Clemente representante legal principal de la compañía que manejaba la contabilidad del empleador, en este caso de Saybolt de Colombia LTDA, en ese mismo *folio 189* aparece registrado como representante legal suplente, el ciudadano australiano Paul Richie – Representante Legal Suplente de Core Laboratories International NV, compañía que reitera, manejaba la contabilidad del empleador. Señala que, ese señor Paul Richie, es el director de la compañía Core Laboratorios Sales NV de Curacao, la firma a través de la cual se hacen las exportaciones de servicios, de hecho, a folio 207 el señor Paul firma en representación de Core Laboratorios Sales NV el contrato de exportación de servicios y es precisamente esa situación desconocida para el trabajador en su momento, la condición de director del señor Paul Richie, la que dispara la presunción de fraude que dice el consultor González Villalba a folio 247 que dice:

> *"(…) Por otra parte, según el texto de su contrato que nos fuera suministrado, los servicios prestados por Saybolt a los contratante de Core Laboratories Sales NV aparecen declarados como una exportación de servicios, sobre este particular y considerando que el servicio se presta en Colombia aun cuando su entregable va a ser utilizado en el extranjero, llamamos la atención sobre la posibilidad de que la autoridad tributaria colombiana DIAN desconozca los beneficios derivados de la exportación de servicios.*
> *Pues para la procedencia de la exención del IVA, esta ha considerado necesario que "las empresas contratantes del exterior no tengan negocio ni actividad en Colombia, lo cual significa que, al momento de realizarse la exportación de servicios, las empresas contratantes no desarrollen operaciones vinculadas con su objeto social en el país, ni tengan un establecimiento por medio del cual lo ejerzan, ni tengan un domicilio o residencia en Colombia"*

Indica que el contrato de exportación de servicios esta suscrito por 2 compañías vinculantes, lo que hace absolutamente inviable la exención del IVA que se reclama, pues en audiencia de junio de 2017, el señor Iván Piedrahita manifestó que estas dos transacciones todavía se siguen realizando. Acto seguido, indicó que el resultado de la demanda que se presentó en los Estados Unidos fue llegar a la conclusión que el fraude que se detalló, efectivamente ocurrió. Sin embargo, existió un fallo previo ante la

Junta de Revisión Administrativa (ARB), donde se mantuvo la falta de territorialidad en una votación 3 a 2, que al analizar la transacción se indicó que tenía a presunción de una transacción dificultosa.

Por otro lado, a folios 45 y 83 reposa una explicación detallada por parte del demandante que responde a cada uno de los 26 cargos que la demandada le endilga, tildando todos éstos como cargos falsos, por cuanto se basan en "t*al persona dijo y el otro dijo y así*", son palabras de otros en contra del actor que llevaba 25 años en la compañía demandada.

Aunado a lo anterior, no acepta el argumento que la señora Erlinda Chica, como secretaria del SENA hiciera el trabajo jurídico, en tanto que para dicha data el demandante estaba terminando la carrera de abogado, había terminado, igualmente, la especialización en derecho Minero y Energético, y aparte, estaba terminando las materias de constitucional y administrativo de la maestría en derecho público, por lo que argumentar que la secretaria SENA hacía su trabajo resulta ofensivo.

Adicionalmente, no entiende como se afirma que el demandante adelantó sus estudios en derecho sin autorización de la casa matriz, por cuanto ni siquiera tenía conocimiento que su contrato de trabajo estableciera la posibilidad de pedir autorización a la casa matriz sobre sus estudios, de hecho manifiesta que sus estudios en derecho comenzaron en el año 2004, por lo que no se debió entonces esperar hasta el año 2008 para constituir como falta en su contrato de trabajo estudiar derecho, es mas, señala que desde que el ingreso como trabajador de la empresa demandada, empezó a prepararse para prestarle un mejor servicio a la Compañía.

Por otro lado, señala que es totalmente falso que el demandante haya prestado sus servicios a otras empresa, pues al revisar el documento a folio 582 se logra concluir que ninguno de los documentos allí relacionados fue aportado ni detallado en la carta de despido, ni en la citación de descargos, pues tan solo reposa la agenda de un comité técnico en la que se supone que el trabajador presentó los trabajos, comité que es invitado por Ecopetrol y que la asistencia es totalmente gratuita, y en donde las empresas hacen un aporte, al ser proveedores de Ecopetrol y ésta última los tiene en cuenta.

Ahora, en el documento visible a folio 582 se detalla que el Ingeniero Villanueva presentó un trabajo que se llama "*Lineamientos generales para la evaluación de proyectos de inversión en sistemas de medición de hidrocarburos a cargo del Ingeniero Villanueva*", esto es, lineamientos sobre la evaluación de proyectos de inversión, esto es, sobre un tema financiero, documento que no se tiene certeza quien lo realizó, y si bien se indica que lo realizó el demandante, afirma que no fue de su autoría, aunado al hecho que afirma no tener las competencias profesionales para hacerlo.

Señala que su profesión es Ingeniero Químico, la cual esta definida por una Ley que establece unas competencias que no dan para la construcción de equipos de medición, ni para la instalación y montaje de equipos de medición, esos son temas de ingeniería mecánica y temas de ingeniería civil, por lo que aduce que es totalmente falso dicho documentos.

Indica que el Acta No. 34 de la Junta de Socios visible a folio 309 del plenario, establece unas consideraciones totalmente falsas sobre el demandante, que implican, no solamente una afectación a su buen nombre, sino a la moral y a la dignidad del actor, por cuanto el señor Piedrahita indicó:

> *"Las actuaciones de deslealtad, carencia de buena fe, falta de diligencia y manejo negligente de la administración de la empresa por parte del gerente, llevaron a la organización a pensar que sus actuaciones estaban claramente orientadas a la búsqueda de una terminación de su contrato laboral, posiblemente con el interés de lograr el pago de una cuantiosa indemnización."*

Señala que lo anterior es totalmente falso, por cuanto aduce que el demandante reveló un fraude monumental el 2 de enero de 2008, con el fin de indicarle a la empresa que corrigiera la transacción, sin embargo, se encontró con la oposición férrea, no solo de las Directivas de los Estados Unidos, sino del Gerente de la empresa Matriz en Colombia.

Indica que el informe de Godoy Hoyos cambia los hechos reales de las transacciones y diseña escenarios en los cuales se puede respetar la Ley, pero incluso en esos escenarios que aduce, la exención del IVA no es procedente, de tal manera que se debe una gran cantidad de dinero en IVA,

posiblemente desde el año 2001, mas los ajustes que haya que hacer por cuenta de esa transacción pecaminosa.

Por otro lado, afirmó que el demandante había descuidado la empresa, debido a que se había puesto a estudiar, aunado al supuesto hecho de prestar sus servicios por fuera, situación que resulta absolutamente falsa. Incluso, indica que presentó los estados financieros de los años 2007 y 2008, situación que puede observase en la documental visible a folio 1182, en el que reposa el estado de ganancias y pérdidas por el año que termina a 31 de diciembre de 2007, y que comparado con el presentado a 31 de diciembre de 2006 asciende a una pérdida de $141.000.000, las cuales se fabrican de manera artificial por cuanto la matriz desde Holanda, e incluso desde Bogotá, se tomaban la libertad de generar facturas internacionales con el objeto de bajar los costos de la Compañía y así bajar utilidades.

Por otro lado, a folio 1186 reposa DOCUMENTO XXX, el cual se encuentra suscrito por el señor IVAN PIEDRAHITA, representante legal, así como la contadora de CORE LABORATORIES SUCURSAL COLOMBIA, y suscrito también por el Dr. Ricardo Sanabria, Revisor Fiscal de la demandada, como de CORE LABORATORIES SUCURSAL COLOMBIA, documento en el cual se refleja que el demandante solicitó el balance al 31 de marzo, lo cual constituye su gestión al momento de salir, en donde se especifica que la empresa demandada tiene una utilidad de $533.000.000, sin que se refleje la utilidad de marzo, que fue la que aduce que pidió, de tal manera que la utilidad del primer trimestre excede mas allá de la mitad de éste valor que se muestra en resultados de 2008.

2. **EQUIVOCADA INTERPRETACIÓN DE LA SENTENCIA C-621 DE 2003**: Indica que, en la sentencia C 621 de 2003 se estudio 2 normas del Código de Comercio, que habla sobre la permanencia del Representante Legal y Revisor Fiscal, en el que se determinó:
   - Efectivamente el cargo de Representante Legal es un compromiso personalísimo, el cual debe ejecutarse *intuito personae*, por ser quien representa a la Empresa quien lo escogió.
   - Por otra parte, el Revisor Fiscal y el alcance jurídico de las normas en conflicto; las normas laborales que hablan de la posible movilidad del

trabajador y las normas del Código de Comercio que dicen que se necesita al Representante Legal para ejecutar ciertas operaciones.

Señala que la H. Corte Constitucional estudia los deberes y responsabilidades de los administradores, estudiando las normas en conflicto, y determina que efectivamente existen unos registros de Cámara de Comercio que utilizando la Doctrina de la H. Corte Suprema de Justicia, ratifica la división en registros y naturaleza constitutiva, registros en naturaleza meramente declarativa, y después de hacer el análisis concluye que con la presente del Revisor Fiscal y del Representante Legal se hacen registros constitutivos, y que sin ellos, no es posible generar estados financieros, o atender negocios comerciales de la empresa, y en consecuencia, si bien el trabajador puede ser movido, pero hay que establecer criterios para que esa movilización se haga.

Del anterior resultado, señala que la Corte interpreta que el Art. 47 del CST establece que en el evento en que el Representante Legal quiera ser movido, el empleador tiene 30 días para sacarlo del registro, sin embargo el salario de esos 30 días deben ser cancelados, por otro lado, si el Representante Legal solicita ante la Cámara de Comercio que sea excluido por 30 días del registro, puede hacerse, quedando fuera del registro por ése periodo. Por lo tanto, no es posible que el empleador hubiese “engavetado” el Acta del 06 de mayo, durante 55 días, porque la empresa temía que el demandante presentara una denuncia penal, por eso se activa el precedente de la sentencia 621 de 2003.

Considera que hay una mala interpretación por parte del Juez de primera instancia de ésta Jurisprudencia, por lo que se solicita que la decisión de que el demandante permaneció en el registro de manera estática, y sin trabajar, sea revocada.

3. **UNIDAD DE EMPRESA**: Manifiesta su inconformidad respecto de las conclusiones allegadas por parte del Juzgador de primera instancia, en cuanto a la unidad de empresa, el cual de conformidad con el artículo 194 del CST, para el caso en concreto, lo que revela es la fuente de la decisión, en tanto que, señala que, si el Representante Legal es la máxima figura de una empresa, conforme lo indica en la contestación de la demanda

inclusive, esa máxima autoridad no tiene la facultad de cambiar los estados financieros. Ahora, si bien esa máxima figura expidió una orden el 2 de enero que nadie cumplió, sino que por el contrario, a partir de ahí comenzó una retahíla de conceptos y de estudios vagos y ajenos a los hechos reales de las transacciones, tratando de cubrir un presunto fraude de dimensiones internacionales, porque el procedimiento es un procedimiento internacional.

Señala que como consecuencia, la unidad de empresa en el presente caso va dirigida a que en el presente caso, existía un "centro decisional" por encima del demandante como Gerente y Representante Legal de la empresa demandada, lo cual se evidencia, a modo de ejemplo, con los correos del Dr. San Clemente quien le manifestaba al demandante que no debía porque darle información a éste, sino que por el contrario, debía responder ante la Casa Matriz, por lo que de conformidad con el artículo 194 del CST, se configura la unidad de empresa por cuanto:

- Hay un predominio económico sobre la sucursal en Colombia, de una de las grandes matrices de Estados Unidos y Europa.
- Las actividades son conexas, similares y complementarias, pues señala que si no hubiera sido por esto, el Juez de Estados Unidos tampoco conoce el caso, en tanto que dijo en el parágrafo *"Saybolt Colombia es de propiedad del 5% de un ciudadano colombiano, 95% de Saybolt Latinoamérica, Saybolt Latinoamérica es propiedad completa de Saybolt International y Saybolt International es propiedad completa de las Core Laboratories, las NV y las Internacionales VV que tienen sucursal en Colombia."*

Entonces, el concepto de unidad de empresa va en el sentido que la decisiones que el demandante tomaba en materia de temas contables e impositivos, eran bloqueadas por esas personas, pese a no tener poder de decisión, conforme la estructura administrativa de la empresa, no obstante, "ellos" controlaban la contabilidad y cualquier cosa que el demandante pudiera decir, con lo que concluye que cualquier persona cuyo cargo estaba relacionado con el manejo contable se bloqueaba de tomar cualquier decisión al interior de la empresa.

4. **CITACIÓN A DESCARGOS**: Señala que se encuentra inconforme respecto de la invitación que le hacen a descargos y la cual considera el A Quo que se encuentra ajustada a derecho, por cuanto la invitación en algún

momento dice *"(…) lo invito para conversar de temas de la empresa*", cuando en menos de 24 horas citan al demandante a una oficina distinta, sin informarle a que va, sin pedirle que lleve documentos o algo en específico respecto de lo cual van a dialogar, bajo el argumento que "la agenda es abierta", no se tenía conocimiento si se iba a hablar de mercadeo, de finanzas, de trabajadores, de empleados, no se sabía nada, simplemente vaya, tome tinto y hable. Sin embargo, cuando el demandante llega a la reunión, se encuentra con la sorpresa que es una diligencia de descargos en su contra, y comenzaron a realizarse unas preguntas, respecto de las cuales el demandante no tenía idea.

5. **DESPIDO DEL DEMANDANTE**: Por otro lado, señala que el demandante fue sorprendido con una carta que constaba de 12 folios, correspondientes a 26 causales, la cual no se prepara, en tanto que la carta le es entregada casi simultáneamente a la realización de la diligencia de descargos, resaltando que el demandante manifestó que le enviaran el cuestionario por correo electrónico para que fuera contestado cada una de las preguntas, anexando la documental correspondiente, a lo cual le respondieron negativamente, y casi inmediatamente le fue entregada la carta de 12 folios, lo que genera un "entrampamiento", por eso sorprende cuando el Juez encuentra que esa actuación esté sustentada en derecho y esté totalmente sujetada a derecho, pues contrario a lo afirmado por el Juzgado, el trabajador no puede ser sorprendido, trayendo a colación la sentencia C 299 de 2003 y C 540 de 2000.

Respecto del Reglamento Interno de Trabajo aportado por la empresa demandada, la cual consta en sus artículos 58, 57 y 61, el cual establece el procedimiento para comprobación de faltas y formas, aplicación de sanciones disciplinarias:

> "*Artículo 49. Antes de aplicarse una sanción disciplinaria, el empleador deberá oír al trabajador inculpado directamente y si este es sindicalizado deberá estar asistido por 2 representantes de la organización sindical a la que pertenezca, en todo caso, se dejará constancia escrita de los hechos y de la decisión de la empresa de imponer o no la sanción definitiva."*

Por su parte, los artículos 50 y 61 disponen:

> *“Artículo 50. No producirá efecto alguno la sanción disciplinaria impuesta con violación del tramite señalado en el anterior artículo.*
>
> *(…)*
>
> *Artículo 61. Los reclamos de los trabajadores se harán ante la persona que ocupa en la empresa el cargo de gerente de operaciones y director operativo, quien lo oirá y resolverá en justicia”*

No obstante lo anterior, señala que el mismo RIT establece que no producirá ningún efecto el artículo 61 que desmejoren las condiciones del trabajador y en relación con lo establecido en las Leyes, contratos habituales, pactos, convenciones colectivas o fallo arbitrales, los cuales sustituyan las disposiciones del RIT o cuando fuere mas favorable al trabajador. Señala que si bien no menciona la jurisprudencia constitucional, lo cierto es que la jurisprudencia constitucional es el desarrollo del artículo 53 de la Constitución Política, lo que ubica a esa jurisprudencia por encima de todos los elementos que contiene el artículo 61, de tal manera que las sentencia C 291 de 2003 y T 540 de 2000 están por encima de todas estas condiciones y con fundamento en el principio de favorabilidad, deben atenderse y son los que deben redirigir esa operación de entrapamiento a la que fue sometido el demandante.

En ese sentido, señala que su inconformidad radica en que no se observó adecuadamente los hechos y se dio por probado sin estarlo, que el demandado cumplió con las garantías propias al debido proceso para la citación a descargos, diligencia y posterior despido.

Por otro lado, señala que el demandante al ser un Representante Legal de la empresa demandada, solo puede ser nombrado y despedido por la Junta de Socios, sin embargo, ni en la citación a descargos, ni en la diligencia de descargos o en la carta de renuncia se indica que el señor Iván Piedrahita actúa en representación de los socios, en tanto que la Junta de Socios deben reunirse y mediante un acta plasmar su decisión, y registrar debidamente en el libro tal decisión, situación que no ocurrió en el presente asunto. Por el contrario, el señor PIEDRAHITA estuvo presente en la diligencia de descargos, no en calidad de Representante Legal Suplente.

6. **CAUSALES ACEPTADAS POR EL DEMANDANTE:** Señala su inconformismo respecto de la afirmación que se hace en la sentencia de primera instancia, relacionado a que supuestamente el demandante aceptó causales invocadas en la carta de despido, tal como el retardo leve, sin embargo, indica que si bien pudo existir en alguna oportunidad retardos leves, lo cierto es que los mismos fueron justificados, aunado al hecho que, manifiesta la demandada que no estaba contratado como abogado, situación que es falsa, pues aduce que el demandante siempre expidió conceptos jurídicos sin cobrar por ello, pues era parte de su trabajo. Señala que, el actor propuso a la casa matriz contratar un servicio que profiriera un concepto respecto de las operaciones o transacciones adelantadas, respecto de lo cual le respondieron que, no podía contratar ningún concepto jurídico, sino a través de San Clemente.

   Por otro lado, si bien se negó a presentar la declaración de renta, lo hizo por cuanto era un fraude las transacciones realizadas por la empresa, y en pro de ésta fue que quiso protegerla y no con el fin de perjudicarla, pues el 2 de enero fue denunciado el fraude, fecha en que ahí si apareció el concepto de Godoy Hoyos a las 8:30 PM en un correo electrónico. Sin embargo, a folio 501 del plenario, se informa que la causal que se informó a la DIAN no corresponde a la realidad, por cuanto, se indicó que el demandante no firmaba la declaración de renta por sus discrepancias en la declaración de renta, en relación a los números que iban consignadas, los cuales no eran correctos, y en ese sentido el Representante Legal no está obligado a firmar algo que considere que va en contra de la Ley, situación que fue comunicada a la empresa con suficiente tiempo para encontrar soluciones adecuadas.

   Teniendo en cuenta lo anterior, concluye que hubo una mala apreciación de los hechos, pues se está dando por cierto unos hechos que en realidad no lo son, y que el demandante no ha aceptado dicha responsabilidad.

7. **PAGO SALARIOS AL MOMENTO DEL DESPIDO**: Señala que de conformidad con el artículo 132 del CST, el cual establece el salario integral, el cual incluye un salario base y un componente prestacional que no puede ser inferior al 30%, y que se da plena libertad para estipular el

salario, sin embargo, indica que no es cierto que el salario integral, por su naturaleza y solamente por su nombre, excluya la posibilidad de otros elementos de salario.

En el presente caso, el elemento principal de salario extra que tenía el trabajador era un subsidio de vehículo, el cual no era un regalo, por el contrario, el demandante era obligado a tener un vehículo de alta gama para atender a los funcionarios de casa matriz o a los clientes extranjeros que vinieran a Colombia, de manera que, era el trabajador era obligado a comprar un vehículo costoso, deuda que asumía el mismo actor, no la empresa, sin embargo, el Juzgado afirma que el hecho que el trabajador ruede un carro y le den gasolina, no quiere decir que eso aumente su patrimonio, no obstante, se está dando por probado, sin estarlo, que el aumento al patrimonio es por el consumo de gasolina, cuando el verdadero aumento del patrimonio es por la propiedad del vehículo.

Por otro lado, señala que existe otro si a folio 297 firmado por las partes, que da a entender que hubo una intención de la empresa de hacer firmar al trabajador en retroactivo su renuncia a un derecho legítimo y el trabajador se negó a firmarlo, por el contrario, solo cuenta con la firma del señor Iván Piedrahita, lo que da cuenta que la empresa sabía que el trabajador tenía derecho específico en el tema y lo que se trataba era de conciliar o eliminar ese derecho; señala que la cláusula primera establecía la cancelación de USD$800, tal y como lo venía haciendo, lo que querían eliminar el tema del salario en retroactivo desde septiembre de 2006, por lo que de conformidad con el Art. 128 del CST, los USD$800 tienen presunción de salario.

Aunado a lo anterior, de conformidad con el último desprendible de nómina cancelado al actor, visible a folio 747, donde se observa una casilla final, donde se indica además del salario del actor por la suma de $12.803.064, el valor de $1.433.396, sin rubro por identificar, el cual claramente corresponde a USD$800, además de ser grave por temas contables, cuando la empresa se da el lujo de manera la contabilidad de esa manera, lo cierto es que hay una violación de la norma que establece “*Los hechos económicos deber se apropiadamente clasificados según su naturaleza, de manera que se registren en las cuentas adecuadas*”, resaltando que no se

adecuó en el presente asunto, por cuanto no se tiene certeza como se contabiliza esa clase de rubros, en tanto que la contabilidad la manejaba CORE LAB, y al recibir el último desprendible de pago le incluyeron esa suma sin saber a que correspondía.

8. **PAGO DE VIATICOS**: Indica que a folios 856 a 864 reposa el memorando que detalla el pago y liquidación de los viáticos, memo que es firmado por el mismo demandante, viáticos que se actualizan anualmente junto con el IPC, sin que en ningún lado se especifique que va implícito el factor de salario.

   Ahora, si bien hay un informe de gastos hecho por la empresa, hay un rubro que detalla los viáticos, en la liquidación final la empresa realiza un promedio de lo devengado por concepto de viáticos de los últimos 6 meses laborados, arrojando un valor de $233.000 con el que se calculó la liquidación final, pero no incluye el componente salarial, reiterando que la posibilidad que un trabajador devenga un salario integral, no descarta la posibilidad de que existan otro rubros de salarios adicionales.

9. **VACACIONES**: Se indica en la sentencia de primera instancia que éste fue el único concepto que se tuvo en cuenta para la relación laboral, sin embargo que no se hace referencia en el escrito de demanda, sin embargo en la demanda se indica sobre 38 días de vacaciones, y que los registros de la liquidación se relacionan tan solo 24 días, razón por la cual ese periodo de vacaciones faltantes se adeuda al actor, pues la tabla que se aporta es una realizada por CORE LAB, sin la participación del trabajador, con diferencias para el trabajador, y ante la duda, debe resolverse a favor del trabajador, pues la empresa, a cambio de la inspección judicial, tenía el deber de aportar cifras transparentes y exentas de discusión, y no lo hizo.

10. **ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO**: Señala que, de conformidad con el Decreto Ley 2090 de 2003, el demandante estuvo expuesto a actividades de alto riesgo al visitar estaciones petroleras, y si bien lo hizo con equipos de trabajo, tales como uniforme, overol, casco y gafas de seguridad, lo cierto es hubo exposición.

Teniendo en cuenta lo anterior, si bien al demandante se le cotizada a ARL en riesgo 5, y pese a que el actor iba a la oficina a desarrollar trabajos ejecutivos, lo cierto es que de vez en cuando tenía que ir al campo, conforme se refleja de la documental visible a folio 867, de esta manera es claro que el demandante se expuso, porque su compromiso era netamente operativo, por lo que es procedente el pago del valor del aporte a pensión, obedeciendo los mandatos del Decreto Ley 2090.

11. **REAJUSTE SALARIAL**: El demandante no reprocha el hecho que no se le concediera un aumento del salario en el año 2008, sino que reprocha que, todos los trabajadores de la compañía recibieron el aumento, menos el Gerente y Representante Legal, sin que se le diera explicaciones, pese a haber enviado 2 correos electrónicos solicitando explicaciones, sin que hubiese habido respuesta escrita al respecto, a pesar de haber indicado la demandada que, si bien no se respondió por escrito y mediante correo electrónico, sino telefónicamente, por cuanto el actor era indeseable en la compañía, pues se oponía a aprobar una transacción internacional, generando una discriminación con el demandante.

12. **SANCIÓN MORATORIA**: Señala que, es procedente el pago de la indemnización moratoria, como quiera que se tiene acreditado que el contrato fue entregado varios años después para retirar al demandante de un derecho suscrito desde septiembre de 2006, y por tal razón se concluye que al demandante no le pagaron, y en consecuencia, hay una serie de rubros que al actor no le pagaron, tales como los viáticos permanentes, el subsidio al vehículo, que consistía en movilizar gente de la empresa, tampoco se reconoció gasolina, el cual era indispensable para mover el carro para transportar estad personas de la oficina, así mismo, las vacaciones dejadas de cancelar, aunado al hecho que el actor reclama con la sentencia 62103 la interpretación del artículo 27 que dispone “El contrato existe y persiste mientras subsistan las causas que le dieron validez”, contrato que tuvo vigencia desde 1991 hasta el 14 de junio de 2008, lo que quiere decir 55 días posteriores a la aparente finalización.

13. **DAÑO MORAL**: Señala que de conformidad con el artículo 34, se hacen unos calificativos en contra de la lealtad del demandante absolutamente

faltos de certeza, pues claramente el móvil del actor, mas allá de la indemnización que se persigue, era evitarle un daño a la compañía, en consecuencia, si bien existe un daño moral, el mismo puede ser resarcible, conforme las tablas del Consejo de Estado para el daño moral.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

CONSIDERACIONES

Previo a resolver de fondo los motivos de inconformidad que presentó el demandante, se observa que el día 10 de agosto de 2022, nuevamente el demandante presenta recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra del auto que data del 29 de julio de 2022, respecto del cual se pronunció sobre las nulidades presentadas en contra de los autos 28 de febrero de 2022 y 31 de marzo de 2022, así como nuevamente nulidad, pero esta vez en contra del auto del 29 de julio de 2022, por cuanto a su consideración; 1) Se revive un proceso legalmente concluido, 2) Nulidad de la diligencia de despido por violación del reglamento interno de trabajo, Art. 29 Superior, Art. 14 CGP y precedente verticales de la CSJ SL y por “cosa juzgada fraudulenta” persisten los autos del 29 de julio de 2022, las causales de nulidad presentadas contra autos del 28 de febrero de 2022. 3) Se pretermite íntegramente la respectiva instancia, 4) Falta de motivación de la sentencia y 5) Nulidad de la prueba de despido por violación del debido proceso.

Frente al tema, vale la pena traer a colación el artículo 318 del CGP, aplicable por remisión analógica del Art. 145 del CPT y SS, que dispone:

Artículo 318. Procedencia y oportunidades

(…)

El auto que decide la reposición no es susceptible de ningún recurso, salvo que contenga puntos no decididos en el anterior, caso en el cual podrán interponerse los recursos pertinentes respecto de los puntos nuevos.

Los autos que dicten las salas de decisión no tienen reposición; podrá pedirse su aclaración o complementación, dentro del término de su ejecutoria.

PARÁGRAFO. Cuando el recurrente impugne una providencia judicial mediante un recurso improcedente, el juez deberá tramitar la impugnación por las reglas del recurso que resultare procedente, siempre que haya sido interpuesto oportunamente.

Conforme la norma en cita, NO es procedente resolver el recurso de reposición interpuesto por el demandante en contra del auto que data del 29 de julio de 2022, como quiera que el mismo no es susceptible de ningún recurso, aunado al hecho que dentro del nuevo escrito no se están incorporando nuevos hechos que deban ser analizados.

Por otro lado, y respecto de las nulidades interpuestas, que a consideración de la parte demandante: 1) Se revive un proceso legalmente concluido, 2) Nulidad de la diligencia de despido por violación del reglamento interno de trabajo, Art. 29 Superior, Art. 14 CGP y precedente verticales de la CSJ SL y por “cosa juzgada fraudulenta” persisten los autos del 29 de julio de 2022, las causales de nulidad presentadas contra autos del 28 de febrero de 2022. 3) Se pretermite íntegramente la respectiva instancia, 4) Falta de motivación de la sentencia y 5) Nulidad de la prueba de despido por violación del debido proceso.

Frente a lo cual, debe resaltarse que el presente proceso no se encuentra legalmente concluido, como quiera que no se ha proferido sentencia de segunda instancia que ponga fin al proceso, como quiera, valga la pena insistir que, el mismo demandante no ha permitido que se continúe con el tramite procesal respectivo, sin que se haya pretermitido instancia alguna en el presente asunto, como éste lo aduce.

Y es que en ese sentido, la Sala no observa causal de nulidad que invalide las actuaciones legalmente practicadas y adelantadas por las partes, así como el Juez de primera instancia, a efectos de nulitarlas, y/o en el caso de las pruebas decretadas y practicadas en debida forma, sean excluidas del debate probatorio, como lo pretende el recurrente, fundamentando su decisión en el Art. 42 del CGP, pues por el contrario, se percibe la diligencia del Juez de instancia en adelantar cada una de las etapas procesales, frente a las cuales no se presentó

inconformidad por ninguna de las partes, para que se pretenda en esta instancia judicial mediante nulidades, medidas cautelares, recursos de reposición y demás, excluir del debate probatorio pruebas que fueron legalmente decretadas y practicadas en su oportunidad procesal; de hecho, contrario a lo afirmado por el recurrente, se observa actos de dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe dentro del presente asunto.

En ese sentido, se reitera que los argumentos expuestos en las nulidades, así como en el recurso de reposición, ya fueron previamente resueltos mediante autos inmediatamente anteriores dictados por ésta Sala, sin que por tanto, se evidencie hechos nuevos que permitan modificar tal decisión, resaltando que la Sala deberá entrar a estudiar y analizar los argumentos expuestos, en la sentencia de segunda instancia al momento de resolver el recurso de apelación presentado por el actor en contra de la sentencia proferida en primera instancia, argumentos que fueron expuestos en la audiencia de juzgamiento de primera instancia, lo que permitirá resolver de fondo el objeto de la Litis, y no mediante la interposiciones de múltiples nulidades y recursos, que a todas luces entorpecen y dilatan el curso normal del proceso.

Aunado a lo anterior, se considera que mediante las nulidades presentadas por el actor en escrito del 10 de agosto de 2022, no es posible excluir del debate probatorio (citación a descargos), en tanto – se reitera - las nulidades se presentan por **vicios en el procedimiento y no con el objetivo de excluir pruebas del debate probatorio**, máxime cuando tuvo su oportunidad de contradecir las pruebas y tacharlas si lo consideraba necesario, pues de acceder a lo solicitado por el actor, implica que se actuaría en desmedro de la norma con la que se tramita y sustenta las nulidades, insistiendo que las nulidades se presentan por vicios en el procedimiento, y no con el objetivo que mediante éstas se resuelva de manera anticipada el recurso de apelación.

Bajo las anteriores consideraciones, se ordenará **ESTARSE** a lo dispuesto en auto inmediatamente anterior, esto es, 28 de febrero de 2022, 31 de marzo de 2022 y 29 de julio de 2022.

Ahora bien, la Sala no deja pasar por alto el actuar del demandante, quien en múltiples ocasiones intentó dilatar el proceso bajo estudio, pretendiendo que se le

resolviera anticipadamente los fundamentos de su recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, a través de múltiples recursos de reposición, súplicas, e incluso mediante nulidades, todas éstas que no tuvieron vocación de prosperidad, y las cuales fueron resueltas una a una, no obstante, el actor continúa con su actuar dilatorio.

Frente al tema, la compulsa de copias se desprende del cumplimiento del deber legal que tienen los funcionarios judiciales de informar de hechos, actos u omisiones que, se estima, pueden llegar a ser constitutivos de una falta penal o disciplinaria, en orden a que, se adelante, si a ello hay lugar, la investigación correspondiente y se establezcan las posibles responsabilidades de tipo penal o disciplinario, deberes claramente consaggradosen los artículos 42,43 y 44 del CGP.

Así pues, ante las actuaciones adelantadas por el demandante, las cuales presuntamente pueden estar incursas en la violación de los deberes de las partes y sus apoderados (Art.78 numerales 1,2, y 4), en armonía con lo establecido en el articuo 79 ordinakes 1 y 5, se ordena que por Secretaría se **COMPULSEN COPIAS** de ésta providencia , y de la totalidad del proceso ante la COMISION SECCIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL DE BOGOTA, para que dentro del ámbito de su competencia se investigue la actuación del señor WILLIAM ROY VILLANUEVA MELÉNDEZ, en calidad de demandante, y se adopten la acciones a que haya lugar en el evento de evidenciar la comisión de alguna conducta constitutiva de falta disciplinaria.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

Para la Sala la controversia a que se contrae en determinar: **1.** Si en el presente asunto se configuró la unidad de empresa entre SAYBOLT DE COLOMBIA y CORE LABORATORIES. **2.** Sí conforme al material probatorio recaudado, se dio por terminado el contrato de trabajo con o sin justa causa, y en caso afirmativo al ser un despido ilegal, si le asiste el derecho o no ordenar el reintegro del señor WILLIAM ROY VILLANUEVA MELÉNDEZ, junto con los pagos de los salarios y prestaciones causadas desde l terminación de contrato de trabajo y hasta el reintegro, con fundamento en la interpretación de la sentencia C 621 de 2003. **3.** Sí hay lugar o no a la re-liquidación de los pagos efectuados al señor WILLIAM

ROY VILLANUEVA MELÉNDEZ, teniendo en cuenta el aumento del salario, viáticos, vacaciones, gasolina y subsidio de transporte. **4.** Sí es procedente declarar que el señor WILLIAM ROY VILLANUEVA MELÉNDEZ realizaba actividades de alto riesgo con el fin de efectuar los pagos adicionales al Sistema General de Seguridad Social en Pensión. **5.** Sanción moratoria de que trata el Art. 65 del CST al no habérsela cancelado viáticos, vacaciones, salarios, entre otros. **6.** Si es procedente ordenar la indemnización por daño moral.

EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL

No es objeto de controversia la existencia de la relación laboral que ató a las partes y sus extremos, encontrándose plenamente establecido que el demandante, el señor WILLIAM ROY VILLANUEVA MELÉNDEZ laboró para la empresa demandada SAYBOLT DE COLOMBIA, mediante la suscripción de un contrato de trabajo a término indefinido visible a folio 140 del expediente, a partir del 2 de noviembre de 1983, para que desempeñara inicialmente las labores de ingeniero inspector, contrato de trabajo que tuvo vigencia hasta el 30 de abril de 2008, fecha en que le fue entregada la carta de terminación del contrato de trabajo (fls. 146 a 151 vuelto), y de conformidad con la liquidación final del contrato de trabajo (fl. 300).

UNIDAD DE EMPRESA:

Pretende el demandante se declare la unidad de empresa entre la sociedad demandada SAYBOLT DE COLOMBIA LTDA y CORE LABORATORIES BV Sucursal Bogotá, la cual fuere negada por el Juzgador de primera instancia.

Manifiesta en su recurso de apelación que, si bien la figura de Representante Legal corresponde a la máxima figura de una empresa, esa máxima autoridad no tiene la facultad de cambiar los estados financieros; inclusive, si se expide una orden el 2 de enero que nadie acató ni cumplió, sino que por el contrario, a partir de ese momento comenzó una retahíla de conceptos y estudios vagos a los hechos reales de las transacciones, intentando encubrir el presunto fraude que dejó entrever el demandante.

Aclarado lo anterior, indica que la unidad de empresa va encaminada a determinar que existe un “centro decisional” por encima del mismo demandante como Gerente y Representante Legal de la empresa demandada, lo cual se evidencia, a modo de ejemplo, con los correos del Dr. San Clemente quien le manifestaba al demandante que no tenía porque darle información a éste, sino que por el contrario, debía responder ante la Casa Matriz, por lo que de conformidad con el artículo 194 del CST, se configura la unidad de empresa por cuanto:

- Hay un predominio económico sobre la sucursal en Colombia, de una de las grandes matrices de Estados Unidos y Europa.

- Las actividades son conexas, similares y complementarias, pues señala que si no hubiera sido por esto, el Juez de Estados Unidos tampoco conoce el caso, en tanto que dijo en el parágrafo *“Saybolt Colombia es de propiedad del 5% de un ciudadano colombiano, 95% de Saybolt Latinoamérica, Saybolt Latinoamérica es propiedad completa de Saybolt International y Saybolt International es propiedad completa de las Core Laboratories, las NV y las Internacionales VV que tienen sucursal en Colombia.”*

Así las cosas, vale la pena traer a colación el artículo 194 del CST que dispone:

“ARTICULO 194. DEFINICION DE EMPRESAS.

1. *Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio.*
2. *En el caso de las personas jurídicas existirá unidad de empresa entre la principal y las filiales o subsidiarias en que aquella predomine económicamente, cuando, además, todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias; pero los salarios y prestaciones extralegales que rijan en la principal al momento de declarase la unidad de empresa solamente se aplicarán en las filiales o subsidiarias cuando así lo estipule la respectiva convención colectiva de trabajo, o cuando la filial o subsidiaria esté localizada en una zona de condiciones económicas similares a las de la principal, a juicio del Ministerio o del juez del trabajo.*
3. *No obstante lo anterior, cuando una empresa establezca una nueva unidad de producción, planta o factoría para desarrollar actividades similares, conexas o complementarias del objeto social de las mismas, en función de fines tales como la descentralización industrial, las explotaciones, el interés social o la rehabilitación de una región deprimida, sólo podrá declararse la unidad de*

empresa entre aquellas y estas después de un plazo de gracia de diez (10) años de funcionamiento de las mismas. Para gozar de este beneficio el empleador requiere concepto previo y favorable del Ministerio de Desarrollo Económico.

4. *El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de oficio o a solicitud de parte y previa investigación administrativa del caso, podrá declarar la unidad de empresa de que trata el presente artículo, para lograr el cumplimiento de las leyes sociales. También podrá ser declarada judicialmente."*

La Superintendencia de Sociedades ha sido consistente al señalar que no en todos los casos en que se produzca la situación de grupo empresarial de manera automática, se produce una situación de unidad de empresa. La declaratoria de grupo empresarial al ser una figura propia del derecho comercial, no produce automáticamente efectos de carácter laboral.

La regulación de la figura de la unidad de empresa en la legislación laboral pretende impedir que a través de la constitución de diferentes sociedades los derechos laborales de los trabajadores sean afectados.

Es necesario que confluyan: (i) El predominio económico: este presupuesto ocurre cuando existe control societario. Es decir, cuando la sociedad matriz o controlante tiene más del 50% del capital de la sociedad controlada. Este predominio debe presentarse a través de las personas jurídicas como tal, a través de sus subordinadas y no por conducto de sus socios o accionistas. Este elemento o requisito ha sido objeto de un considerable análisis y desarrollo jurisprudencial por parte de la H. Corte Suprema de Justicia y (ii) Un objeto social similar: consiste en que la sociedad controlante y las sociedades controladas realicen actividades similares, conexas o complementarias.

Ahora bien, el grupo empresarial se encuentra regulado en el artículo 28 de la Ley 222 de 1995:

> "*Habrá grupo empresarial cuando además del vínculo de subordinación, exista entre las entidades unidad de propósito y dirección. Se entenderá que existe unidad de propósito y dirección cuando la existencia y actividades de todas las entidades persigan la consecución de un objetivo determinado por la matriz o controlante en virtud de la dirección que ejerce sobre el conjunto, sin perjuicio del desarrollo individual del objeto social, o actividad de cada una de ellas"*.

Es así como el concepto de grupo empresarial, *-figura del derecho comercial-*, puede confluir en algunos casos con el de unidad de empresa figura del derecho laboral, pero a pesar de las similitudes, existen claras diferencias entre estos dos fenómenos:

En primer lugar, para efectos de la declaración de un grupo empresarial, como se observó antes, el objeto social que desarrollan las controladas resulta indiferente, **mientras que este elemento es decisivo para establecer la existencia de la unidad de empresa, pues dicho objeto debe ser, similar, conexo o complementario**.

Mientras que el grupo empresarial busca la consolidación económica, la unidad de empresa es una figura laboral que pretende brindarles garantías adicionales a los trabajadores.

El principal efecto de la unidad de empresa en cuanto a los derechos laborales de los trabajadores de las empresas controladas podrá ser la unificación del régimen de salarios, prestaciones legales y extralegales.

Adicionalmente, mientras en la unidad de empresa es requisito indispensable el predominio económico de una sociedad matriz sobre su filial o subordinada, en el grupo empresarial puede existir un dominio no necesariamente económico, tal y como lo establecen las presunciones del artículo 261 del Código de Comercio, como son el control accionario o en la toma de decisiones. En otras palabras, la unidad de empresa sólo podrá darse entre una matriz sobre su filial o subordinada y el grupo empresarial podrá darse entre dos sociedades subordinadas a una sociedad matriz común.

Finalmente, es necesario resaltar que la figura de grupo empresarial se puede aplicar a sociedades extranjeras y sociedades nacionales, mientras que **la unidad de empresa no se puede aplicar respecto de sociedades localizadas en el exterior y sus vinculadas en Colombia, o viceversa.**

Si bien, la existencia de un grupo empresarial puede derivarse una situación que conlleve la existencia de unidad de empresa, no es un fenómeno que ocurra en

todos los casos, pues son figuras diferentes, con su propia regulación y efectos particulares.

Así pues, al revisar el objeto social de la demandada SAYBOLT DE COLOMBIA SAS, se observa que tiene como objeto entre otras cosas, adelantar la actividad propia al ramo de inspección de líquidos, solidos, incluidos metales, minerales y cargamentos de producción, mercancías, bienes empacados o a granel, certificación de calidades y cantidades importación y exportación de toda clase de artículos y productos bien sea conjuntos o en partes, secciones o piezas e igualmente podrá prestar servicios portuarios marítimos.

Por su parte, el objeto social de CORE LABORATORIES BV se centra en el suministro de información, procesamiento e interpretación de resultados que conduzcan al descubrimiento de hidrocarburos por medio de técnicas que comprenden el análisis petrofísico y petroquímico de rocas y fluidos, estudio y evaluación de yacimientos de hidrocarburos.

Teniendo en cuenta lo anterior, no se acredita que en lo que respecta a SAYBOLT COLOMBIA, CORE LAB estuviera ejecutando su objeto social y que este objeto social fuera el mismo de SAYBOLT DE COLOMBIA LTDA, o que éstas ejecutaran actividades similares, conexas o complementarias.

Por otra parte, de la documental allegada por el mismo demandante visible a folios 158 a 160 denominado “Informe situación de control”, se relaciona a la sociedad SAYBOLT LATIN AMERICA BV, como controlante de la sociedad SAYBOLT COLOMBIA SAS como controlada, destacando que hay una gran diferencia entre la figura de unidad de empresa pretendida por el demandante, y la que respecta a una sociedad controlante o matriz, que en todo caso sucede en el presente asunto, como quiera que SAYBOLT LATIN AMERICA BV funge como sociedad controlante o matriz de la demandada SAYBOLT COLOMBIA SAS.

En todo caso, el hecho que la sociedad CORE LAB ostente la calidad de accionista mayoritario de la sociedad demandada SAYBOLT COLOMBIA SAS, no quiere decir que ésta situación se pueda hablar de unidad de empresa.

Conforme lo anterior, lo único que se acredita dentro del presente asunto es la existencia de una sociedad controlante o matriz (SAYBOLT LATIN AMERICA BV) respecto de la aquí demandada (SAYBOLT DE COLOMBIA), sin que por tanto se configure la unidad de empresa pretendida por el demandante, aunado al hecho que no se refleja que con esa unidad de empresa esté afectando derechos laborales al actor, razón por la cual no tiene vocación de prosperidad la anhelada unidad de empresa pretendida por la parte demandante.

INTERPRETACIÓN SENTENCIA C-621 DE 2003:

Señala el demandante que existió una equivocada interpretación de la sentencia C – 621 de 2003, , en tanto que en dicha oportunidad se estudiaron 2 normas del Código de Comercio, que habla sobre la permanencia del Representante Legal y Revisor Fiscal, en el que se determinó:

- Efectivamente el cargo de Representante Legal es un compromiso personalísimo, el cual debe ejecutarse *intuito personae*, por ser quien representa a la Empresa quien lo escogió.
- Por otra parte, el Revisor Fiscal y el alcance jurídico de las normas en conflicto; las normas laborales que hablan de la posible movilidad del trabajador y las normas del Código de Comercio que dicen que se necesita al Representante Legal para ejecutar ciertas operaciones.

Señala que la H. Corte Constitucional estudia los deberes y responsabilidades de los administradores, estudiando las normas en conflicto, y determina que efectivamente existen unos registros de Cámara de Comercio que utilizando la Doctrina de la H. Corte Suprema de Justicia, ratifica la división en registros y naturaleza constitutiva, registros en naturaleza meramente declarativa, y después de hacer el análisis concluye que sin la presencia del Revisor Fiscal y del Representante Legal se hacen registros constitutivos, y que sin ellos, no es posible generar estados financieros, o atender negocios comerciales de la empresa, y en consecuencia, si bien el trabajador puede ser movido, pero hay que establecer criterios para que esa movilización se haga.

Del anterior resultado, señala que la H. Corte interpreta que el Art. 47 del CST establece que en el evento en que el Representante Legal quiera ser removido, el

empleador tiene 30 días para sacarlo del registro, sin embargo el salario de esos 30 días deben ser cancelados, por otro lado, si el Representante Legal solicita ante la Cámara de Comercio que sea excluido por 30 días del registro, puede hacerse, quedando fuera del registro por ése periodo. Por lo tanto, no es posible que el empleador hubiese “engavetado” el Acta del 06 de mayo, durante 55 días, porque la empresa temía que el demandante presentara una denuncia penal, por eso se activa el precedente de la sentencia 621 de 2003.

Considera que hay una mala interpretación por parte del Juez de primera instancia de ésta Jurisprudencia, por lo que se solicita que la decisión de que el demandante permaneció en el registro de manera estática, y sin trabajar, sea revocada.

En ese orden, la Sentencia C-621 de 2003, concluyó que es procedente el registro de las renuncias que presenten los representantes legales y revisores fiscales a estos cargos, siempre y cuando se de cumplimiento al trámite correspondiente.

Frente la tema, coinciden unánimemente la doctrina y la jurisprudencia en reconocer que el registro mercantil es un instrumento de publicidad para la vida comercial, cuyo objeto es permitir al público el conocimiento de ciertos datos relevantes para el tráfico mercantil. Algunos hechos y actividades de esta naturaleza producen efectos no sólo entre la partes, sino también frente a terceros, por lo cual, por razones de seguridad jurídica, es menester que exista un mecanismo para su conocimiento público. Por ello, la ley impone al comerciante la obligación de dar publicidad a tales hechos o actos, así como su propia condición de comerciantes. Este interés de terceros, señala acertadamente Garrigues, no es un interés difuso, sino concreto, conforme se indicó en senencia C 621 de 2003.

Se indicó ademas en dicha oportunidad que a diferencia de otros registros que son de naturaleza real, como el registro inmobiliario, el registro mercantil es de naturaleza personal porque lo inscrito es la persona misma en su condición de comerciante y los hechos y actos que a él lo afectan frente a terceros. Usualmente se le reconoce un carácter meramente declarativo, en cuanto es simplemente un mecanismo de publicidad de ciertos hechos o actos relevantes en el tráfico mercantil. Es decir, la inscripción en el registro no es un requisito de aquellos que son necesarios para la existencia o para la validez de los actos

jurídicos inscritos, sino que únicamente los hace conocidos y por lo tanto "oponibles" a los terceros.

Así, una vez hecho el correspondiente registro, el acto tendrá efectos no sólo entre quienes participaron en él, sino erga omnes, por lo cual en adelante nadie podrá alegar su desconocimiento. Este es el principio que se conoce como de "publicidad material del registro", en virtud del cual, una vez inscrito, el acto se supone conocido de todos.

En ese sentido, debe concluirse que si bien el registro mercantil en Cámara de Comercio, tiene efectos frente a terceros, lo cierto es que, la representación legal no implica *per se* la existencia de un contrato de trabajo, en tanto que son figuras jurídicas difetentes, incluso puede haber representación legal sin la existencia de una relación laboral.

Lo anterior conlleva a concluir que, el hecho que el nombre del demandante haya permanecido en el registro mercantil como representante legal por varios días con posterioridad a la terminación de la relación laboral que se dio el 30 de abril de 2008, no significa que, deba prolongarse por éste periodo la vigencia del contrato de trabajo, en tanto que en nada tiene que ver el registro con la vigencia del vínculo laboral, razón por la cual se despacha desfavorablemente su súplica.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO:

El Juzgado de primera instancia concluyó que el contrato de trabajo terminó con justa causa, en tanto que quedó acreditado que el demandante efectivamente incurrió en las conductas que se le endilgaron en la carta de terminación de la relación laboral, y en ese sentido, la parte demandada cumplió con la carga probatoria en lo que respecta a acreditar las causales invocadas, sin que sea procedente el reintegro o la indemnización por despido sin justa causa de que trata el Art. 64 del CTS.

Conforme lo anterior, manifiesta su inconformidad respecto de la invitación que le entregaron al actor a realizar descargos, por cuanto la misma solo hace una invitación a conversar sobre temas de la empresa, pero al llegar a la reunión, da

cuenta sobre la diligencia de descargos que le estaban presentando en su contra, pero no tenía idea si iban a hablar de mercadeo, de finanzas, de trabajadores.

Por otro lado, señala que si bien al demandante fue sorprendido con una carta que constaba de 26 causales, lo cierto es que dicha carta le fue entregada casi simultáneamente con la realización de la diligencia de descargos, pese a haber manifestado el actor que le enviaran el cuestionario por correo electrónico, con el fin de dar respuesta una a una a las preguntas realizadas, anexando la documental correspondiente, a lo cual le respondieron negativamente, y casi inmediatamente le fue entregada la carta de 12 folios, lo que genera un "entrampamiento", por eso sorprende cuando el Juez encuentra que esa actuación esté totalmente sujetada a derecho, pues contrario a lo afirmado por el Juzgado, el trabajador no puede ser sorprendido, trayendo a colación la sentencia C 299 de 2003 y C 540 de 2000.

Así mismo, trae a colación los artículos 58, 57 y 61 del Reglamento Interno del Trabajo que establece el procedimiento para la comprobación de faltas y sanción disciplinarias, sin embargo, aduce que el artículo 61 del RIT dispone que no producirá ningún efecto las disposiciones contenidas en el artículo 61 que desmejoren las condiciones del trabajador y si bien no menciona la jurisprudencia constitucional, lo cierto es que la jurisprudencia constitucional es el desarrollo del artículo 53 de la Constitución Política, lo que ubica a esa jurisprudencia por encima de todos los elementos que contiene el artículo 61, de tal manera que las sentencia C 291 de 2003 y T 540 de 2000 están por encima de todas estas condiciones y con fundamento en el principio de favorabilidad, deben atenderse y son los que deben redirigir esa operación de entrapamiento a la que fue sometido el demandante.

En ese sentido, señala que su inconformidad radica en que no se observó adecuadamente los hechos y se dio por probado sin estarlo, que el demandado incumplió con las garantías propias al debido proceso para la citación a descargos, diligencia y posterior despido.

Por otro lado, señala que el demandante al ser un Representante Legal de la empresa demandada, solo puede ser nombrado y despedido por la Junta de Socios, sin embargo, ni en la citación a descargos, ni en la diligencia de descargos

o en la carta de despido se indica que el señor Iván Piedrahita actúa en representación de los socios, en tanto que la Junta de Socios deben reunirse y mediante un acta plasmar su decisión, y registrar debidamente en el libro tal decisión, situación que no ocurrió en el presente asunto. Por el contrario, el señor PIEDRAHITA estuvo presente en la diligencia de descargos, no en calidad de Representante Legal Suplente.

Por otro lado, señala que no es cierto que el demandante haya aceptado algunas de las causales invocadas en la carta de despido, pues en el evento de los retardos leves, los mismos fueron justificados, en lo que tiene que ver que nunca fue contratado como abogado, tal situación es falsa, como quiera que siempre expidió conceptos jurídicos sin cobrar aparte por ello, pues era parte de su trabajo. Sin embargo, propuso a la casa matriz contratar un servicio que profiriera un concepto respecto de las operaciones o transacciones adelantadas, negándose a dicha solicitud.

Por otro lado, señala que si bien se negó a presentar la declaración de renta, lo hizo por cuanto era un fraude las transacciones realizadas por la empresa, y en pro de ésta fue que quiso protegerla y no con el fin de perjudicarla, pues el 2 de enero fue denunciado el fraude, fecha en que ahí si apareció el concepto de Godoy Hoyos a las 8:30 PM en un correo electrónico.

Teniendo en cuenta lo anterior, concluye que hubo una mala apreciación de los hechos, pues se está dando por cierto unos hechos que en realidad no lo son, y que el demandante no ha aceptado dicha responsabilidad.

Ahora bien, vale la pena precisar que el trabajador es quien corre con la carga de demostrar el hecho del despido, una vez acreditado lo anterior, se desplaza la carga al empleador quien debe dirigir su actividad probatoria, tendiente a demostrar los motivos que en el momento oportuno le invocó y comunicó al actor para romper el contrato, a fin de que el fallador de turno, previa valoración pueda ubicarlos o no en una de las causales abstractas y taxativas que señala la ley para tener como justo el despido.

Así pues, a folio 143 reposa citación a descargos que data del 28 de abril del 2008, suscrita por el gerente suplente de la demandada (IVAN PIEDRAHITA) citando al actor para el día 29 de abril de 2008 para llevar a cabo la diligencia.

De igual manera, a folios 144 y 145 del plenario reposa la diligencia de descargos suscrita por las partes del litigio, en la que el demandante deja constancia que no va a contestar el interrogatorio que se le formularía, por considerar haber dado por escrito las debidas aclaraciones y justificaciones a sus acciones y decisiones recientes dentro del alcance de sus funciones, mas no señala lo que aduce en la apelación, esto es, que solicita se las envíen por correo para contestar cada una de ellas y anexar los documentos pertinentes.

Ahora, a folios 146 a 151 reposa carta dirigida al actor con fecha del 29 de abril de 2008 suscrita igualmente por el señor IVAN PIEDRAHITA, en calidad de Gerente Regional de SAYBOLT LATIN AMERICA HOLDING BV y SUPLENTE DEL REPRESENTANTE LEGAL DE SAYBOLT COLOMBIA LTDA, mediante la cual le informa que se encuentra debidamente autorizado por los socios de SAYBOLT DE COLOMBIA LTDA y quienes han tomado la decisión de dar por terminado, a partir de la fecha el contrato de trabajo con justa causa legal.

Se le indicó que la decisión se basaba en graves faltas ocurridas a las obligaciones específicas como Gerente de la empresa, aduciendo múltiples causales, tal y como se observa a folios 146 a 151 del plenario, entre otras:

- El incumplimiento de su obligación legal y estatutaria de firmar la declaración de renta de la compañía para poder presentarla oportunamente a la DIAN.
- Incumplimiento de su obligación legal y estatutaria de firmar algunos de los documentos que contiene la información de exógenos de la compañía para poder presentarlos oportunamente ala DIAN.
- Incumplimiento de otras obligaciones legales y estatutarias, debido a las constantes demoras en las respuestas a las comunicaciones que le corresponde atender.
- Graves faltas a sus deberes de lealtad, confidencialidad del ,anejo de la información y buena fe para con la empresa.

- Graves faltas a sus obligaciones de prestarle sus servicios en forma exclusiva a la compañía como Gerente de la misma y de actuar de buena fe.
- Graves faltas a sus obligaciones de acatar las órdenes e instrucciones de la empresa.

Como fundamento de su decisión, alegó la sociedad demandada, el incumplimiento del actor en tanto la ausencia de presentación de exógenos ante la DIAN, retardo en los informes y en las comunicaciones que estaban a su cargo atender, la existencia de diversas quejas por descalificación por parte del actor hacia los demás empleados, extralimitación de sus funciones al cambiar la forma de contabilizar unos ingresos con base a su opinión personal, violación de la cláusula de confidencialidad al ejercer como consultor sobre temas técnicos que son de manejo confidencial de la compañía y por último, señala que el demandante se ha venido auto incrementando su salario sin autorización y sin tener en cuenta los resultados financieros de la empresa.

En ese orden, se trajo a colación las normas objeto de la decisión de terminación de la relación laboral el artículo 62 del código sustantivo del trabajo, junto con los numerales 1, 2, 4 y 5 del artículo 58 *ibidem* y el artículo 55 de la misma norma. De igual manera, se señala como vulnerado lo establecido en el literal b) de la cláusula primera del contrato de trabajo en concordancia con el artículo 23 de la ley 222 de 1995.

De lo anteriormente enunciado, lo primero que se observa es que el demandante fue citado para rendir su versión en diligencia de descargos, conforme cuestionario puesto en su conocimiento, sin embargo que éste se negó a contestar las preguntas que se tenían preparadas para el efecto, en virtud del cual, contrario a lo afirmado por el apelante, es claro que no se vulneró el debido proceso, sino que por el contrario, se le garantizó al demandante su derecho de defensa y contradicción, y fue éste quien rechazó la oportunidad de responder las preguntas que le tenían preparadas, no encontrándose vulneración alguna al debido proceso, como éste aduce en su recurso de apelación, razón por la cual se despacha éste argumento expuesto en el recurso de alzada.

Por otro lado, respecto de las causales alegadas en la carta de despido, las cuales aduce el demandante que no las ha aceptado, lo cierto es que de conformidad con el hecho 70 de la demanda, el mismo demandante señala que si bien recibió un correo electrónico solicitando respuesta por retardos, el mismo afirma o confirma que si bien existieron diferentes retardos, lo cierto es que fueron en sus palabras “leves” y “justificados”, sin que por tanto se acredite la justificación de dichos retardos como lo afirma el actor, y en ese sentido, contrario a lo afirmado en el recurso de apelación, si hay aceptación de las causales allí estipuladas.

Aunado a lo anterior, del hecho 66 de la demanda se puede extraer que el señor WILLIAM ROY VILLANUEVA MELÉNDEZ asumió un error al no haber dejado un mayor margen en unos contratos, confirmando otra causal invocada en la carta de despido.

Por otro lado, acepta no haber firmado la declaración de renta del año gravable 2007, conforme el relato del hecho 100 de la demanda, sin embargo, el demandante aduce que tal negación obedece a que existía un fraude, y que las dudas que tenía no le fueron resueltas; no obstante, debe resaltarse que su responsabilidad y obligación como representante legal de una compañía es la de autorizar con su firma los actos y contratos en que intervenga, ejercer plena e ilimitadamente la representación judicial y extrajudicial de la sociedad, conforme certificado de existencia y representación visible a folios 137 y siguientes del plenario, y en el evento en que aduce que se negó a firmar por existir un posible fraude, lo cierto es que, podía firmar la declaración de renta, dejando salvedad u observación al respecto, pues el negarse a presentar la declaración de renta ante la DIAN si es una clara muestra de perjudicar a la empresa demandada, máxime si se tiene en cuenta que el mismo demandante relata en los hechos de la demanda (hecho 94) que los expertos en materia tributaria de la firma que contrató la empresa demandada encontraron acorde a la Ley los cálculos efectuados, aunado a que dentro del material probatorio, no allegó prueba alguna, o requerimiento por parte de la DIAN respecto de la declaración de renta de la demandada del año gravable 2007.

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa conforme la prueba recauda dentro del plenario en primer lugar que, al demandante se le garantizó el debido proceso, con

la diligencia de descargos, resaltando que el actor tuvo la oportunidad de defenderse y explicar las circunstancias que le estaban endilgando, las cuales no fueron desvirtuadas en dicha oportunidad, en tanto que ni siquiera quiso responder el cuestionario que se le tenía preparado, propendiendo por parte de la demandada el debido proceso y el derecho a la defensa a favor de la parte actora, tal y como se corrobora con la diligencia de descargos, dando cumplimiento de éste modo el Reglamento Interno del Trabajo, resaltando en todo caso que, conforme los hechos de la demanda, aceptó muchas de las causales endilgadas en la carta de terminación de la relación laboral.

Esto para señalar que ante la mención de las faltas graves contempladas en el contrato de trabajo y el reglamento interno de trabajo, lo esencial en la demostración de su ocurrencia es la existencia misma y su aportación al proceso, de los documentos contentivos del supuesto de hecho denominado como falta y su calificación de grave.

Así pues, se encuentra debidamente acreditada la justa causa invocada por la demandada para dar por terminado el contrato de trabajo, en síntesis por haber omitido firmar la declaración de renta del año gravable 2007, pues pudo haberlo hecho dejando observación o anotación respecto de su inconformidad, confirma que si bien existieron diferentes retardos, lo cierto es que fueron en sus palabras “leves” y “justificados”, sin que por tanto se acredite la justificación de dichos retardos como lo afirma el actor, así mismo no haber dejado un mayor margen en unos contratos, los cuales generan un daño a la empresa demandada.

Y es que en este sentido, la Sala comparte la manifestación efectuada por el Juez A Quo, en tanto que la carga probatoria recaía en la parte demandante, sin que se observen elementos de juicio que permitan llegar a la conclusión que el actor se negó de manera justificada a presentar la declaración de renta del año gravable 2007, siendo su responsabilidad como Representante Legal de la demandada, máxime si se tiene en cuenta que la sociedad accionada tuvo que recurrir al Representante Legal Suplente, Iván Piedrahita, a fin de que suscribiera la declaración y fuera presentada a tiempo, con el fin de cumplir a cabalidad con su obligación tributaria, conforme se observa a folio 501 del plenario.

Lo anterior cobra especial relevancia, con fundamento en los artículo 22 y 23 del Código de Comercio que establece "*Son administradores, el Representante Legal, el liquidador, los miembros de juntas o consejos directivos, y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones*".

En ese orden, que son deberes de los administradores, los siguientes:

> *"(…) Obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.*
> *En el cumplimiento de su función los administradores deberán:*
> *1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social.*
> *2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias.*
> *3. Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal.*
> *4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad.*
> *5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada*
> *6. Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos.*
> *7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas."*

De allí, resulta evidente en el presente caso, que el señor WILLIAM ROY VILLANUEVA MELÉNDEZ, en su calidad de Representante Legal de la demandada omitió cumplir con sus funciones legales, abriendo paso a la aplicación del artículo 62 del CST que dispone:

> ***"ARTICULO 62. TERMINACION DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA.*** *<Artículo modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:> Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:*
>
> *A) Por parte del {empleador}:*
>
> *(…)*
>
> *6. 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."*

Lo cual, en concordancia con el *artículo 58 del código sustantivo del trabajo que dispone:*

"Obligaciones especiales del trabajador
Son obligaciones especiales del trabajador:
1a. Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido.
2a. No comunicar con terceros, salvo la autorización expresa, las informaciones que tenga sobre su trabajo, especialmente sobre las cosas que sean de naturaleza reservada o cuya divulgación pueda ocasionar perjuicios al empleador, lo que no obsta para denunciar delitos comunes o violaciones del contrato o de las normas legales del trabajo ante las autoridades competentes.
(…)
4a. Guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros.
5a. Comunicar oportunamente al empleador las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios."

Así las cosas, se encuentra plenamente acreditado los hechos endilgados al trabajador en la carta de terminación del contrato de trabajo, que contrario a lo afirmado por el recurrente, coinciden con las imputadas al actor en la diligencia de descargos, las cuales fueron debidamente acreditadas por la sociedad demandada, cumpliendo con su carga probatoria, causales que a parte de estar debidamente acreditadas, constituyen una falta grave, y en consecuencia, justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo.

En suma, se tiene que el contrato de trabajo que ató a las partes termino por justas causas, y en esa medida, no es procedente ni el reintegro, solicitado de manera principal, ni el pago de la indemnización por despido sin justa causa de que trata el Art. 64 del CST, solicitado de manera subsidiaria en las pretensiones de la demanda, no quedando otro camino que **CONFIRMAR** éste punto de absolución por parte del Juzgador de primera instancia.

RELIQUIDACIÓN ACREENCIAS LABORALES:

En otro giro, solicita el actor la inclusión del pago del Auxilio de Movilización como factor salarial, en tanto que del último desprendible de nómina se refleja el pago de la suma equivalente a USD$800, que, conforme el otro sí que se negó a suscribir el demandante, así como el subsidio de vehículo y la inclusión de viáticos, los cuales aduce pese a haberlos recibido de manera permanente, no se tuvieron en cuenta el factor prestacional.

Frente al tema, debe señalarse en primer lugar que, a folio 297 reposa Otro Sí al contrato de trabajo suscrito con el demandante, en el que se señala que a partir del septiembre de 2006:

> *"El empleador reconocerá y pagará mensualmente al trabajador la suma de $800 USD moneda corriente, liquidados a la tasa representativa del mercado vigente al día del pago de este beneficio como auxilio de movilización.*
> *Las partes expresamente acuerdan que esta suma pagada por el empleador al trabajador* ***no constituirá salario en dinero o en especie ni factor salarial****, prestacional o indemnizatorio para ningún efecto, de acuerdo a los artículos 15 y 16 de la ley 50 de 1990 que subrogaron los artículos 128 y 129 del código sustantivo del trabajo en concordancia con el artículo 17 de la ley 344 de 1996.*
>
> *El empleador se reserva el derecho de modificar y/o suprimir de forma unilateral este reconocimiento en cualquier momento sin que constituya desmejoramiento al trabajador por tratarse de un reconocimiento extra legal"*

De lo anterior, se observa en primer lugar que si bien el documento no se encuentra suscrito por el actor, si fue aportado por el demandante junto con el escrito de demanda, y del cual se logra concluir que existía un acuerdo de exclusión laboral válidamente celebrado.

En lo relativo al auxilio de movilización, o subsidio de vehículo, mas allá que fuera entregado para que se usara en el vehículo de propiedad del demandante, lo cierto es que dicho valor se reconoció con una finalidad específica, y no como lo arguye el demandante, que por el hecho de utilizar su vehículo, se esté incrementando su patrimonio al reconocérsele este pago de gasto de movilización.

Por otro lado, en lo que respecta a los viáticos reconocidos al demandante, los cuales se reflejan en la liquidación final visible a folio 300 del plenario, debe señalarse que, de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo, **los viáticos permanentes** serán considerados salario y por ende, ingreso base para liquidar los aportes parafiscales cuando se destinen a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento, sin embargo, no se acredita dentro del expediente que el demandante hayan devengado de manera permanente viáticos, a efectos de que se incremente o modifique el ingreso base de liquidación, precisando en todo caso que el reconocimiento de los viáticos como factor salarial no significa que sea un concepto adicional que deba sumarse o promediarse en el salario del

demandante por cuanto éste percibía un salario integral, pues tal situación excluye del reconocimiento de pagos adicionales sobre el mismo.

VACACIONES:

Solicita el reconocimiento y pago de 38 días de vacaciones, conforme el escrito de demanda, así mismo que, los registros de la liquidación se relacionan tan solo 24 días, razón por la cual ese periodo de vacaciones faltantes se adeuda al actor, pues la tabla que se aporta es una realizada por CORE LAB, y ante la duda, debe resolverse a favor del trabajador, pues la empresa, a cambio de la inspección judicial, tenía el deber de aportar cifras transparentes y exentas de discusión, y no lo hizo.

Así las cosas, se tiene que al analizar la reforma a la demanda, el accionante solicita el pago de 38 días de vacaciones, sin especificar las fechas en que ella se causaron: "*al 29 de abril de 2008, el TRABAJADOR tiene pendientes de disfrutar 38 días de vacaciones"* . Sin embargo al observar la liquidación final que obra folio 300 del plenario, la sociedad llamada juicio pagó por este concepto la suma de $11.042.191.26, teniendo en cuenta para ello un salario de $13.031.697, luego es claro, que lo alli cancelado, alcanzó a cubrir los días objeto de pretensión, razón por la que se considera no existe deuda alguna a cargo de la pasiva por este rubro. Maxime si se tiene, que el demandante al momento de firmar dicho documento, solo mostro inconformidad sobre la temrinacion del vinculo, sin concretar o reparar sobre lo pagado por vacaciones: "*EL TRABAJADOR HACE CONSTAR EN EL PRESENTE DOCUMENTO, QUE EXISTE INCONFORMIDAD DE SU PARTE POR LA TERMINACION DEL CONTRATO LABORAL UNILATERALMENTE POR EL EMPLEADOR, EN AUSENCIA DE CAUSAL DEBIDA."*

ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO:

Por otro lado, solicita el apelante que de conformidad con el Decreto Ley 2090 de 2003, el demandante estuvo expuesto a actividades de alto riesgo al visitar estaciones petroleras, y si bien lo hizo con equipos de trabajo, tales como uniforme, overol, casco y gafas de seguridad, lo cierto es hubo exposición.

Teniendo en cuenta lo anterior, si bien al demandante se le cotizada a ARL en riesgo 5, y pese a que el actor iba a la oficina a desarrollar trabajos ejecutivos, lo cierto es que de vez en cuando tenía que ir al campo, conforme se refleja de la documental visible a folio 867, de esta manera es claro que el demandante se expuso, porque su compromiso era netamente operativo, por lo que, *en principio, podría pensarse que*, es procedente el pago del valor del aporte a pensión, obedeciendo los mandatos del Decreto Ley 2090.

No obstante lo anterior, conforme las pruebas allegadas al plenario, debe precisarse que si bien el demandante fue contratado inicialmente como ingeniero inspector y que a partir del año 1991 ejecutó labores de Representante Legal, lo cierto es que, no se acredita en el plenario que efectivamente haya ejecutado labores que sean consideradas de alto riesgo, pues la sola mención del sector económico en la cual desarrolla su objeto social, esto es, de hidrocarburos, no implica *per se* que todos los trabajadores de ésta empresa, ejecuten labores de alto riesgo; y es que el hecho que eventualmente tuviera que asistir a campo, y usar botas punta de acero y/o casco, no hace por sí solo que su labor esté dentro de las enmarcadas como de alto riesgo, por lo que se confirmará su absolución.

REAJUSTE SALARIAL – AUMENTO:

En otro giro, el demandante reprocha el hecho que a todos los trabajadores de la compañía recibieron el aumento, menos el Gerente y Representante Legal, sin que se le diera explicaciones, pese a haber enviado 2 correos electrónicos solicitando explicaciones, sin que hubiese habido respuesta escrita al respecto, a pesar de haber indicado la demandada que, si bien no se respondió por escrito y mediante correo electrónico, sino telefónicamente, por cuanto el actor era indeseable en la compañía, pues se oponía a aprobar una transacción internacional, generando una discriminación con el demandante.

Teniendo en cuenta lo anterior, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en los eventos en que un trabajador que devengue una remuneración que supere el salario mínimo legal mensual vigente, no se hace obligatorio incremento salarial alguno, frente al tema vale la pena traer a colación la sentencia SL125 de 2022 que dispuso:

"Ahora, al no concurrir otra disposición legal que ampare los reajustes deprecados, no le corresponde al Juez laboral ordenar aumentos salariales, salvo que se vea afectado el salario mínimo. En tal sentido, ésta Sala en sentencia del 5 de noviembre de 1999, radicación 12213, sostuvo:

> *[…] a propósito del tema planteado, es importante afirmar que no puede desconocerse que el aumento del índice de inflación que sufre el país en un determinado período, eventualmente justificaría el alza de los salarios de los trabajadores, porque es natural que con el salario recibido en una época se obtendrá una gama de productos, que no van a poder adquirirse si se continúa en un período de tiempo recibiendo la misma remuneración, dada el alza permanente de lo que se ha denominado la canasta familiar. Y con mayor razón, frente a la evidencia de que primero se presta el servicio y luego se recibe su pago, salario o remuneración. De ahí que sea muy difícil mantener el poder adquisitivo del salario, cuando lo cierto es que día a día va perdiendo su valor real, se desvaloriza casi que permanentemente y ahora, como sucede, frente a la mayoría de los precios de los productos que no son controlados".*
>
> *"No obstante la realidad de lo afirmado, no es el juez laboral, mediante el trámite de un proceso ordinario, el llamado a estabilizar el desequilibrio que se presenta cuando transcurre un período de tiempo y no se aumenta el salario de los trabajadores, a pesar de que el IPC en dicho lapso haya aumentado. Y no puede hacerlo este funcionario judicial porque no existe ley que lo obligue o lo faculte a ello, excepto si del salario mínimo se trata".*

Teniendo en cuenta la jurisprudencia en cita, así como el salario devengado por el demandante el cual era superior al SMLMV para el año 2008, no es posible judicialmente ordenar el incremento salarial que pretende el señor WILLIAM ROY VILLANUEVA MELÉNDEZ, no quedando otro camino que despachar desfavorablemente su súplica.

INDEMNIZACIÓN MORATORIA ART 65 CST:

En otro giro, solicita el demandante que, es procedente el pago de la indemnización moratoria, como quiera que se tiene acreditado que el contrato fue entregado varios años después para retirar al demandante de un derecho suscrito desde septiembre de 2006, y por tal razón se concluye que al demandante no le pagaron, y en consecuencia, hay una serie de rubros que al actor no le pagaron, tales como los viáticos permanentes, el subsidio al vehículo, que consistía en movilizar gente de la empresa, tampoco se reconoció gasolina, el cual era indispensable para mover el carro para transportar estad personas de la oficina, así mismo, las vacaciones dejadas de cancelar, aunado al hecho que el actor reclama con la sentencia 62103 la interpretación del artículo 27 que dispone "*El*

contrato existe y persiste mientras subsistan las causas que le dieron validez", contrato que tuvo vigencia desde 1991 hasta el 14 de junio de 2008, lo que quiere decir 55 días posteriores a la aparente finalización.

En punto a la indemnización moratoria, cabe señalar que con lo dispuesto en el artículo 65 del CST, corresponde al empleador la obligación de cancelar al trabajador los salarios y prestaciones adeudas al término de la relación laboral salvo en los casos autorizados por la ley o convenidos por las partes, procediendo en caso de mora en su pago la imposición de una indemnización. De igual manera, señala que, si no existe acuerdo respecto al monto de la deuda o si el trabajador se niega a recibirla, la obligación se encuentra cumplida consignando ante el juez de trabajo y, en su defecto, ante la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese deber, mientras la justicia de trabajo decide la controversia.

No obstante, su aplicación no opera de forma automática con simple verificación de la mora el pago, siendo necesario para su imposición analizar la conducta del empleador para determinar si actuó de mala fe al no cancelar los valores a los que estaba obligado, pudiendo alegar circunstancias que lo eximan de su pago. (Sentencia Radicación 34288 del 24 de enero de 2012), lo que quiere decir que la sanción prevista en el artículo 65 del CST, procede si el empleador demandado no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta. En esa dirección, debe examinarse el comportamiento asumido por el empleador incumplido, en el contexto de la relación de trabajo y a la luz de las pruebas allegadas al expediente, *"en aras de establecer si los argumentos esgrimidos por la defensa son razonables y aceptables"* (CSJ SL12547-2017).

No obstante lo anterior, debe advertirse que la indemnización moratoria nace de la omisión en que incurre el empleador al no pagar al trabajador los salarios y prestaciones sociales causadas a la terminación del vínculo laboral, sin embargo, en el presente asunto, tal y como se ha venido señalado a lo largo de ésta providencia, no procede re-liquidación alguna a favor del actor, así como tampoco prestación alguna a favor suyo, resaltando que, la liquidación final de prestaciones sociales que obra a folio 300 del plenario, le fue cancelada al término de la relación laboral, esto es, el 9 de mayo de 2008, conforme anotación de inconformidad efectuada por el mismo actor en dicha liquidación, razón por la cual tampoco es procedente la condena por concepto de indemnización moratoria de

que trata el Art. 65 del CST, despachando de ésta manera desfavorablemente la súplica del apelante.

DAÑO MORAL:

Finalmente, señala el apelante que de conformidad con el artículo 34, se hacen unos calificativos en contra de la lealtad del demandante absolutamente faltos de certeza, pues claramente el móvil del actor, mas allá de la indemnización que se persigue, era evitarle un daño a la compañía, en consecuencia, si bien existe un daño moral, el mismo puede ser resarcible, conforme las tablas del Consejo de Estado para el daño moral.

Al respecto, el daño moral es un perjuicio o lesión ocasionados a los sentimientos de otra persona, generándole una afectación psicológica, lo que puede generar una reparación económica.

En ese orden de ideas, no reposa prueba alguna que acredite la anterior situación con el fin de que sea procedente el reconocimiento del daño moral, aunado al hecho que, conforme lo anteriormente expuesto, el contrato de trabajo se terminó con justas causas, por lo que se despacha desfavorablemente la súplica del demandante.

Bastan las anteriores consideraciones para **CONFIRMAR** en su integridad el fallo proferido en primera instancia.

COSTAS. Sin costas en la instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: Por Secretaria, de manera inmediata proceda a **COMPULSAR COPIAS** de ésta providencia y de la totalidad del presente proceso ante la COMISION SECCIONAL DE DISCIPLINA JUDICIAL DE BOGOTA, para que dentro del ámbito de su competencia se investigue la actuación del señor WILLIAM ROY VILLANUEVA MELÉNDEZ, en calidad de demandante dentro del presente asunto, y se adopten la acciones a que haya lugar en el evento de evidenciar la comisión de alguna conducta constitutiva de falta disciplinaria.

SEGUNDO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 27 de enero de 2019 por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, por las consideraciones que anteceden.

TERCERO: Sin **COSTAS** en la instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

PONENTE

(Rad. 11001310503220140023102)

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310503220140023102)

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503220140023102)

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Sustanciador

Radicación No. 36-2020-00073-01

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

DEMANDANTE:	**JAIME JESÚS BONNET MOLINA**
DEMANDADO:	**COLPENSIONES**
	PORVENIR S.A.
	PROTECCIÓN S.A.
	COLFONDOS S.A.
ASUNTO:	**RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A.) // CONSULTA COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A. en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá el día 4 de abril de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería a la sociedad WORLD LEGAL CORPORATION S.A.S., identificada con NIT 900.390.380-0 representada legalmente por el abogado MIGUEL ÁNGEL RAMÍREZ GAITÁN identificado con C.C. No 80.421.257 y Tarjeta Profesional. No 86.117 del C.S.J como apoderado principal de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES conforme a la Escritura Publica 3364 de la Notaria 9 del Circulo de Bogotá y como apoderado

sustituto a la abogada DIANA LEONOR TORRES ALDANA identificada con C.C. No 1.069.733.703 y tarjeta profesional No 235.865

Se reconoce personería a la abogada ANGÉLICA MARÍA CURE MUÑOZ con C.C. No 1.140.887.921 y tarjeta profesional No 369.821 del Consejo Superior de la Judicatura, en su calidad de abogada inscrita a la firma GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., como apoderada sustituta de la parte demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROVENIR S.A.

La parte demandante, PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 6 de mayo de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor JAIME JESUS BONNET MOLINA instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., y COLFONDOS S.A., como aparece a folios 4 a 14 del archivo 01 de la carpeta 01 expediente digitalizado, y subsanación de la demanda debidamente sustentada (fls.1 a 3 del archivo 02 de la carpeta 03 expediente digitalizado) con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad del traslado de régimen realizado por JAIME JESUS BONNET MOLINA a las demandadas SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

2. Que, como consecuencia de la anterior declaración, se ordene a COLPENSIONES a recibir y a afiliar de nuevo al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al señor JAIME JESUS BONNET MOLINA.

3. Se condene a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes que recibió con motivo de la afiliación del señor JAIME JESUS BONNET MOLINA.

4. Que se condene a las demandadas en las costas y agendas de derecho, derivadas de este proceso.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda COLPENSIONES (fls. 1- a 22 del archivo 02 de la carpeta 11 y folios 1 a 5 del archivo 02 de la carpeta 21 del expediente digital), PORVENIR S.A. (fls. 1 a 26 del archivo 02 de la carpeta 16 del expediente digital), PROTECCIÓN S.A. (fls. 1 a 28 del Archivo 02 de la carpeta 25 del expediente digital), y COLFONDOS S.A. (fls. 1 a 16 del Archivo 02 de la carpeta 26 del expediente digital) de acuerdo a los proveídos del 24 de septiembre de 2021 y 7 de febrero de 2022.

COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., y COLFONDOS S.A. se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 4 de abril de 2022 **DECLARÓ** la ineficacia del acto de traslado del señor JAIME JESUS BONNET MOLINA del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 22 de agosto de 1994 a través de PORVENIR S.A.; **CONDENÓ** a COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluidos los rendimientos, bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración, comisiones incluidas las primas de seguros previsionales realizados al fondo de garantía de pensión mínima; **ORDENÓ** a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. a trasladar de manera indexada a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del accionante, junto con los conceptos de gastos de administración, comisiones, y primas de seguros previsionales realizados al fondo de garantía de pensión mínima, causadas durante el término que estuvo afiliado a cada una de ellas; **ORDENÓ** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a recibir e imputar los aportes en la historia laboral del demandante; **DECLARÓ** no probadas las excepciones de mérito propuestas; y **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (COLPENSIONES)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia así:

De la validez del traslado de régimen pensional y del principio de sostenibilidad financiera.

Sostiene el apoderado que dentro del presente proceso no existió un error de hecho sino de derecho el cual con el transcurrir del tiempo fue subsanado, no solo con la voluntad del demandante al suscribir los formularios de afiliación y su vocación de permanencia en el régimen privado.

Adujo que en varias oportunidades la H Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se ha indicado que el deber de información debe acreditarse en todos los procesos indistintamente de que los accionantes sean beneficiarios del régimen de transición, lo cierto es que el deber de información ha variado con el paso del tiempo, pues en el año en el que el demandante hizo su traslado, las administradoras no estaban obligadas a hacer comparaciones o simulaciones teniendo en cuenta el número de semanas de cotización la edad o las fluctuaciones del mercado, reiterando que para aquella época al demandante le faltaban más de 20 años para alcanzar su estatus pensional,

Aseguró debe tenerse en cuenta el límite de temporalidad para realizar el traslado de un régimen a otro, establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003, ya que el demandante está inmerso en la prohibición, aunado a que no es posible retrotraer los efectos de un negocio jurídico en el que el demandante fue parte sin ninguna presión, quien además aceptó que no se interesó en conocer los detalles de la administración de sus aportes pensionales, por lo que no puede endilgársele solo a las administradoras una negligencia en la cual él fue parte, y afectar a Colpensiones que fue un tercero ajeno a dicho negocio jurídico, porque sería quien entraría a responder, pues aunque la AFP regrese los dineros provenientes de la cuenta de ahorro individual se verá afectado el principio de sostenibilidad financiera del sistema, una vez Colpensiones deba reconocer las futuras pensiones.

Por su parte la **demandada PROTECCIÓN S.A.** sustentó el recurso de apelación que interpuso contra de la sentencia proferida así:

> Indicó que al ordenar devolución de los gastos de administración se está generando un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, por recibir unos dineros que no está destinados a financiar la pensión de vejez del demandante, y que en atención a que este se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A., su entidad entregó la totalidad de los dineros del interesado a dicha administradora, por ende protección no debe regresar ni indexar ningún valor al no tener en su poder ningún dinero del aquí demandante, resaltando que durante el tiempo en que estuvo afiliado a su entidad, recibió una administración correcta y legal de sus recursos.

Finalmente la **demandada PORVENIR S.A.** sustentó el recurso de apelación que interpuso contra de la sentencia proferida así:

De la ineficacia del traslado de régimen pensional

> Manifestó que, para el momento en que se realizó el traslado de régimen del demandante, su entidad cumplió con la totalidad de obligaciones vigentes para la época, razón por la que la declaratoria de ineficacia del traslado resulta improcedente en la medida que se dieron todas las medidas necesarias para que el traslado de régimen se hiciera de manera libre y voluntaria, situación que se acreditó con la suscripción del formulario de afiliación, resalta que el demandante posteriormente realizo varios traslados a fondos privados del régimen de ahorro individual, actos que además de una ratificación, dan fe de diversas asesorías de cada uno de los fondos a los que estuvo afiliado y de esta manera obtuvo la información necesaria para determinar si le convenía o no mantenerse en el RAIS.
>
> Que para el momento del traslado no existía la obligación de realizar una simulación pensional, ni desincentivar la vinculación al RAIS, la única obligación que existía era brindar una información clara completa y comprensible, no obstante, para dicha época las asesorías debían realizarse de manera verbal, siendo este el motivo por el cual no se tiene prueba documental que demuestren los temas tratados al momento del traslado.

Además que, no puede pasarse por alto que el demandante tenía hasta el año 2012 para trasladarse al Régimen de prima media, sin embargo decidió continuar afiliado al RAIS lo cual es una manifestación inequívoca de su deseo de permanecer en dicho régimen y pensionarse en el mismo, el cual cobra fuerza al tener certeza que nunca se acercó a ninguno de los fondos a los cuales estuvo afiliado para averiguar su situación pensional, entendiéndose que no tenía dudas respecto del régimen en el cual se encontraba.

De la devolución de gastos de administración, comisiones primas de seguro y los dineros depositados en el fondo de garantías mínimas

Sostuvo que no resulta viable la devolución de tales conceptos, debido a que las sumas debitadas tienen una destinación específica establecida en la ley, obligaciones que cumplió su entidad en debida forma, y dichas sumas ya no se encuentran en poder de la demandada pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos de la cuenta de ahorro individual del demandante principalmente al manejo para obtener una rentabilidad de esos recursos, además que va en contravía de las normas que regulan las restituciones mutuas que la persona a la que se le ordene devolver un bien en este caso los dineros depositados en una cuenta de ahorro individual, igualmente deba entregar los valores que invirtió para mantener e incrementar ese bien.

Aseguró que los dineros correspondientes a dichos conceptos, ya se agotaron y extinguieron cumpliendo su objetivo, no están en poder de la administradora ya que estuvo obligada a invertirlas para cumplir con la rentabilidad mínima garantizada, en el mismo sentido no es procedente ordenar la devolución de los dineros que fueron destinados al pago de seguros previsionales, ya que los mismos fueron girados a las aseguradoras contratadas, para la cobertura de los pagos por sumas adicionales necesarias para financiar las prestaciones que por mandato legal así lo requieran, y al cumplir su propósito también se extinguieron, ya que la cobertura garantizada por la aseguradora ya se hizo efectiva sin lugar a retrotraerse por ser material y jurídicamente imposible.

Finalmente, adujo que el afiliado de ser el caso tendría que habérsele realizado descuentos de sumas adicionales de estar afiliado en el régimen de prima media, pues le legislador estableció para ambos regímenes, que el

3% de dineros cotizados se destina a cubrir la prima de seguro previsional de invalides y sobrevivientes, lo que impide considerar que el cobro por administración y comisiones puedan considerarse un deterioro al patrimonio del demandante, pues lo cierto es que esos dineros tampoco ingresarían como parte de sus aportes para la financiación de la pensión en el régimen de prima media y prestación definida.

Finalmente respecto a los dineros depositados para la garantía se la pensión mínima, enuncio la H. Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en sentencia SL 2683 de 2021 indico que

> *"En cuanto a los recursos que financian la garantía como tal, dada la modificación de la Ley 797 de 2003, antes aludida, en primera medida se cubren con los recursos provenientes del aporte pensional de los afiliados al RAIS, que, dada la inexequibilidad - por vicios de forma- (sentencia CC C-794-2004) del artículo que creaba el Fondo de Pensión de Garantía de Pensión Mínima, quedaron bajo la administración de las AFP y, una vez se agoten estos recursos, es decir, los aportados por los afiliados al RAIS, junto con los rendimientos, las pensiones reconocidas bajo la garantía de pensión mínima se pagarán con cargo directo a la Nación, a través del presupuesto general.*
>
> *Si bien estos recursos son aportados por los afiliados, el porcentaje correspondiente a dicha garantía, no es para la cobertura de su pensión, inclusive no entran en su CAI, y frente a ellos las administradoras solo fungen como administradoras de los mismos - dada la inexistencia legal del Fondo de Garantía de Pensión Mínima-, por ende, solo la Nación puede determinar a quién se asignan tales recursos con la finalidad de completar el capital necesario para el reconocimiento de la pensión de vejez en armonía con el principio solidario.*"

Con tal pronunciamiento, aseguro que los dineros depositados en el fondo de garantía mínima no hacen parte de los dineros del demándate al estar destinados a contribuir con recursos a otras personas que no alcanzan a obtener una pensión en situaciones normales, por lo que no habría lugar a la devolución de los mismos

No obstante la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar**: 1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por el señor **JAIME JESUS BONNET MOLINA** el día 22 de agosto de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. el 22 de agosto de 1994, con fecha de efectividad el 01 de septiembre de 1994, posteriormente solicitó trasladarse a la AFP PROTECCIÓN S.A. el día 6 de junio de 1996, con fecha de efectividad el 1 de agosto de 1996, y finalmente solicito el traslado a COLFONDOS S.A., el día 17 de mayo de 2004 con fecha de efectividad del 1 de julio de 2004 (fl.19 del archivo 02 de la carpeta 26 del expediente digital)

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos por razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a

los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994.Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con el demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de

considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos

financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el presente caso, los fondos demandados en su contestación de la demanda aportaron **COLPENSIONES:** expediente administrativo. **AFP PROTECCIÓN:** Formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A. de fecha 6 de junio de 1996, certificado SIAFP, constancia de traslado de aportes, reporte estado de cuenta, políticas de ejecutivos comerciales para asesorar y vincular personas naturales, concepto emitido por la Superintendencia Financiera, comunicado de prensa; **AFP PORVENIR** certificado SIAFP, formulario de afiliación a PORVENIR de fecha 22 de agosto de 1994, historia laboral consolidada emitida por su entidad, relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual, certificado de egreso, relación de aportes, concepto emitido por la Superintendencia Financiera, comunicado de prensa.; **AFP COLFONDOS S.A.** certificado SIAFP, Formulario de afiliación a COLFONDOS S.A. de fecha 17 de mayo de 2004, reporte estado de cuenta, y comunicado de prensa

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 22 de agosto de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que asesoraron y brindaron toda la información necesaria, sin que se alleguen la hoja de vida de quien brindo la asesoría, para verificar que formación profesional tenía, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante

la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado al demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen, sin que tal presupuesto se tenga por desvirtuado, por haber manifestado el actor, que no tuvo dudas ni reparos al momento de realizar el traslado de régimen y a las demás administradoras del RAIS.

Claramente para el momento del traslado 22 de agosto de 1994, el demandante tenía 110 semanas (historia laboral en la subcarpeta 04 de la carpeta 11 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 34 años (nació el 17 de enero de 1960 – fl.24 del archivo 01 de la carpeta 01 del expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2022, (precisando que para el 16 de octubre de 2019, fecha de expedición de reporte de semanas cotizadas a la AFP COLFONDOS S.A., la demandante había cotizado 1609.43 semanas, fl. 17 a 23 del archivo 01 de la carpeta 01 del expediente digital) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los apelantes, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos

derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP PORVENIR S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 22 de agosto de 1994, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que PORVENIR S.A. no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

> *"Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021,* ***los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen,*** *precisamente*

porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad."

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

(…) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (…)"

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

(…) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.° 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(…)

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

"(…) 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.

"(…) 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 y CSJ SL4989-2018, 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."

Del mismo modo, frente al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se hace necesaria la orden de reintegro de la totalidad de las cotizaciones en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

"(…) 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.***

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de ***ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos****, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)*

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo

público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **JAIME JESUS BONNET MOLINA** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP PORVENIR S.A., el 22 de agosto de 1994

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso de las apelantes PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, habrá lugar a condenarlas en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cada una de las recurrentes, y a favor de la parte actora que se incluirían en la liquidación de costas que efectúe el *A quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 4 de abril de 2022 por el Juzgado 36 Laboral el Circuito de Bogotá

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, y a favor de la parte

actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV, a cargo de cada una de las apelantes.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503620200007301)

Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310503620200007301)

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503620200007301)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Jaime Jesús Bonnet Molina
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**036-2020-00073-**01

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mí consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **dfb85dae6ec1cac00895dddeaa20129ac798bc44536492ba7af02d9f4d7792fc**

Documento generado en 11/09/2022 09:51:52 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Sustanciador

Radicación No. 37-2019-00823-01

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

DEMANDANTE: **MIGUEL RAFAEL TOBAR CARRIZOSA**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
COLFONDOS S.A.
ASUNTO: **CONSULTA PARTE DEMANDANTE.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de noviembre de 2021, por así ordenarlo el art. 69 del CPT y la SS.

La parte demandada COLPENSIONES, y la parte demandante presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 6 de mayo de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor MIGUEL RAFAEL TOBAR CARRIZOSA instauró demanda ordinaria laboral contra, COLPENSIONES y la AFP COLFONDOS S.A., como aparece a folios 6 a 18 del archivo 01 expediente digitalizado, y su reforma (fls.3 a 15 del archivo 12 expediente digitalizado) con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación realizada el día 1 de septiembre de 1995 por MIGUEL RAFAEL TOBAR CARRIZOSA a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, toda vez que fue realizada sin haber recibido información sobre los derechos, beneficios, desventajas y diferencias existentes entre el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual.

2. Que, como consecuencia de la anterior declaración, se ordene a COLPENSIONES a recibir y a afiliar de nuevo, de manera inmediata y automática al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al señor MIGUEL RAFAEL TOBAR CARRIZOSA, como si su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, nunca se hubiera realizado.

3. Que en virtud de ese regreso automático al régimen de prima media con prestación definida, se condene a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS a trasladar a COLPENSIONES, a nombre de MIGUEL RAFAEL TOBAR CARRIZOSA, todos los dineros recaudados por concepto de aportes pensionales con los rendimientos acreditados en su cuenta individual, junto con los gastos de administración, y la información obtenida a través de las planillas de autoliquidación de aportes que constituye la historia laboral.

4. Que se condene a las demandadas en las costas y agendas de derecho, derivadas de este proceso.

5. Que se condene en Ultra y Extra petita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda COLFONDOS S.A. (fls.6 a 29 del archivo 11 del expediente digital), y COLPENSIONES (fls.2 a 22 del Archivo 08 del expediente digital), de acuerdo al auto del 23 de junio de 2021, respecto de la reforma de la demanda contesto COLFONDOS S.A. (fls.3 a 29 del archivo 15 del expediente digital) y se tuvo por no contestada la reforma por parte de COLPENSIONES conforme lo indicado en proveído del 8 de septiembre de 2021.

COLPENSIONES, y COLFONDOS S.A., se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 25 de noviembre de 2021 **ABSOLVIÓ** a las demandadas de la totalidad de las pretensiones invocadas por el demandante, **CONDENÓ** en costas a la parte actora; y **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia fue adversa a los intereses del demandante, la Sala avocará su conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta, con fundamento en las siguientes.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar**: 1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos S.A., efectuado por el señor **MIGUEL RAFAEL TOBAR CARRIZOSA** el día 31 de agosto de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP COLFONDOS S.A., devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS S.A. el 31 de agosto de 1995, con fecha de efectividad el 01 de septiembre de 1995 (fl.31 del archivo 11 del expediente digital)

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos por razones

válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994.Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre

28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **COLPENSIONES aportó:** expediente administrativo. **AFP COLFONDOS aportó:** Formulario de afiliación a COLFONDOS de fecha 31 de agosto de 1995, reporte de cotizaciones emitida por su AFP, reporte estado de afiliación fondo de pensiones obligatorias, SIAFP.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 31 de agosto de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que asesoró y brindo toda la información necesaria, sin que se allegue la hoja de vida de quien brindo la asesoría, para verificar que formación profesional tenía, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Además que, del interrogatorio de parte realizado al demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen, sin que tal presupuesto se tenga por desvirtuado de las manifestaciones realizadas por el actor, referente a que en la fecha de suscripción del formulario le entregaron el reglamento general de Colfondos, le indicaron que recibiría unos rendimientos financieros, y los presupuestos para determinar los sucesores de una eventual pensión, pues nótese que solo le indicaron ventajas, cuando la debida información, implica también las consecuencias y desventajas del cambio de régimen pensional.

Claramente para el momento del traslado 31 de agosto de 1995, el demandante tenía 252 semanas (fl.35 a 40 del Archivo 11 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 39 años (nació el 24 de octubre de 1955 – fl. 5 del Archivo 01 del expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2017 (precisando que para el 25 de julio de 2020, fecha de expedición de reporte de semanas cotizadas a la AFP COLFONDOS S.A., la demandante había cotizado más de 1529 semanas, 35 a 40 del Archivo 11 del expediente digital) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de COLPENSIONES, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por las demandadas, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP COLFONDOS S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP COLFONDOS S.A., el 31 de agosto de 1995, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que COLFONDOS S.A. no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

> *"Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021,* ***los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen,*** *precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad."*

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

> *(…) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (…)"*

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se prueba que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

> *(…) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba,*

demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.° 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(…)

En tal sentido, a ello sumado por lo manifestado por la demandada, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

"(…) 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.

"(…) 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 y CSJ SL4989-2018, 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."

Con todo lo antes motivado, se tiene que lo procedente en el presente asunto es declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el demandante del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, por intermedio de la AFP COLFONDOS el 31 de agosto de 1995, por lo que esta última entidad deberá trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, juntos con los rendimientos financieros que posea el demandante en su cuenta de ahorro individual, junto con los gastos de administración, comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos conceptos con cargo a sus propias utilidades

Advirtiendo que, para ordenar la devolución de gastos de administración, comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

"(…) 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.***

> *Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de* ***ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos****, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)*

De igual manera, COLPENSIONES no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **REVOCARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en su lugar se **DECLARARÁ LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **MIGUEL RAFAEL TOBAR CARRIZOSA** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP COLFONDOS S.A., el 31 de agosto de 1995.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Sin costas en esta instancia, las de la primera instancia se **REVOCAN** y se imponen a las entidades **demandadas COLFONDOS S.A. Y COLPENSIONES.**

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

RESUELVE

PRIMERO: **REVOCAR** la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2021, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, en su lugar **DECLARAR** la ineficacia del traslado realizado por el señor **MIGUEL RAFAEL TOBAR CARRIZOSA** identificado con C.C N° 19.266.214, del régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con solidaridad, por intermedio de COLFONDOS S.A., realizado el día 31 de agosto de 1995, que fue efectivo a partir del día 1 de septiembre de 1995, según se expuso.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante **MIGUEL RAFAEL TOBAR CARRIZOSA** identificado con C.C N° 19.266.214, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, como si nunca se hubiera trasladado de este régimen, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor **MIGUEL RAFAEL TOBAR CARRIZOSA** identificado con C.C N° 19.266.214, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, junto con los gastos de administración, comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de la primera instancia a cargo de las entidades **demandadas COLFONDOS S.A. Y COLPENSIONES** y a favor del demandante**.**

QUINTO: EXHORTAR a la Juez de primer grado para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia respecto de temas como el que hoy nos ocupa y, de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa válida y suficiente en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310503720190082301)

Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310503720190082301)

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310503720190082301)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Miguel Rafael Tobar Carrizosa
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**037-2019-00823-**01

Aunque acojo la decisión de la Sala al resolver el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mí consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Finalmente, resulta necesario advertir que me aparto total y enfáticamente de lo dispuesto en el numeral quinto de la parte resolutiva de la decisión proferida por la Sala, toda vez que, respetuosamente considero que no viene al caso el exhorto que allí se plantea, en idénticos términos a aquellos efectuados en las sentencias que en sede de tutela en materia de ineficacia de traslado ha emitido la

Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, a más de constituir, en mi sentir, una insinuación de falta de transparencia y de falta de validez de las cargas argumentativas, empero, no se profundiza en el análisis efectuado por el juez de conocimiento, para llegar a esa conclusión; y, en criterio de la suscrita, la decisión de primera instancia en todo caso, constituye un ejercicio legítimo de la autonomía e independencia judicial, salvo que se emita sin sustento fáctico y normativo alguno, o contrariando flagrantemente las disposiciones legales aplicables al asunto, sin el más mínimo ejercicio dialéctico que resulte medianamente razonable.

Y, aun cuando en segunda instancia se considere que hay lugar a la revocatoria de la decisión, así como en el recurso extraordinario de casación en múltiples oportunidades la Sala Laboral *casa – anula* - las decisiones proferidas en segunda instancia por las Salas Laborales de los tribunales, tras encontrar yerros protuberantes en ellas, ello no implica *per se* la falta de transparencia o insubsistencia de los argumentos o consideraciones expuestas, pues incluso en muchos de esos asuntos, se adoptaron las decisiones conforme al criterio reiterado de la misma alta corporación, que ante la renovación de los magistrados que la integran o por otras circunstancias, porque se vuelvan a analizar los asuntos y se llegue a conclusiones distintas, fijan criterios diametralmente opuestos, y por eso, considero que no resulta prudente realizar el referido exhorto.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto y disenso con el exhorto efectuado.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

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

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

Código de verificación: **c3a0470d39c907b4bf6f8b7146c8acc37556ae7e0d6d6e3c752fdb4131d3c5b5**
Documento generado en 11/09/2022 09:51:52 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Sustanciador

Radicación No. 20-2020-00424-01

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

DEMANDANTE: **CESAR ALIRIO LEAL MOLINA**

DEMANDADO: **COLPENSIONES**

PORVENIR S.A.

ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (COLPENSIONES, y PORVENIR S.A.) // CONSULTA COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de las demandadas COLPENSIONES, y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de noviembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería al abogado GUSTAVO ENRIQUE MARTÍNEZ GONZÁLEZ con C.C. No 1.014.196.194 y tarjeta profesional No 276.516 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado sustituto de la parte demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

Se reconoce personería a la abogada ANGELICA MARIA CURE MUÑOZ con C.C. No 1.140.887.921 y tarjeta profesional No 369.821 del Consejo Superior de la Judicatura, en su calidad de abogada inscrita a la firma GODOY CORDOBA

ABOGADOS S.A.S., como apoderada sustituta de la parte demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROVENIR S.A.

Las demandadas PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 8 de abril de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor CESAR ALIRIO LEAL MOLINA instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, y PORVENIR S.A., como aparece a folios 1 a 15 del archivo 01 del expediente digital, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la nulidad del traslado realizado por CESAR ALIRIO LEAL MOLINA en el mes de julio de 1999, del régimen de prima media al de ahorro individual por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

2. Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, todas las sumas a favor del demandante junto con las sumas adicionales, saldos con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C. esto es con los rendimientos que se hubieren causado.

3. Que se condene a las demandadas en las costas, gastos, expensas y agencias en derecho derivadas de este proceso

4. Que se condene en Ultra y Extra petita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda COLPENSIONES (fls. 3- a 39 del archivo 05 del expediente digital), PORVENIR S.A. (fls. 3 a 31 del archivo 04 del expediente digital), de acuerdo al proveído del 3 de noviembre de 2021.

COLPENSIONES, y PORVENIR S.A., se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 19 de noviembre de 2021 **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el señor CESAR ALIRIO LEAL MOLINA el 2 de julio de 1999, a PORVENIR S.A.; **DECLARO** a COLPENSIONES como aseguradora del demandante por los riesgos de invalidez vejez y muerte; **CONDENÓ** a PORVENIR S.A., a devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado el señor CESAR ALIRIO LEAL MOLINA, junto con los rendimientos financieros causados, y los bonos pensionales si los hubiese, con destino a COLPENSIONES; **CONDENÓ** en costas a las demandadas; y **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (COLPENSIONES)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia así:

De la validez del traslado de régimen pensional y del principio de sostenibilidad financiera.

> Sostiene la apoderada, que lo que se encontró dentro del proceso fue un error en punto de derecho que no tiene fuerza legal para afectar la eficacia del acto jurídico de traslado realizado entre el demandante y la AFP, aunado a ello, aseguró que la parte actora no demostró la existencia de algún vicio de consentimiento de los consagrados en el artículo 1740 del C.C., y conforme al artículo 167 del C.G.P., incumbía a la parte solicitante probar los supuestos facticos en que formulan sus alegaciones, sin que su mera afirmación sea suficiente para trasladar a la administradora la carga probatoria de desvirtuarlos.
>
> Finalmente, indicó que debe tenerse en cuenta el criterio establecido por la Corte Constitucional en sentencias SU062 del 2010 y SU130 de 2013, respecto a que en materia de traslado nadie puede resultar subsidiado a

costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados a este esquema, dado que el régimen de prima media se descapitalizaría.

Finalmente la **demandada PORVENIR S.A.** sustentó el recurso de apelación que interpuso contra de la sentencia proferida así:

De la ineficacia del traslado de régimen pensional, y la devolución de los gastos de administración y rendimientos

Manifestó que, con la declaratoria de ineficacia del traslado del demandante se desconoce no solo el principio de confianza legítima y seguridad jurídica, sino también que la administradora del RAIS en todo momento actuó de buena fe, toda vez que para el momento en que se realizó el traslado de régimen del demandante, conforme a los Decretos 3466 del año 1982, y 663 del año 1993, junto con el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, garantizó la libertad de escogencia del actor, y cumplió con el deber de información mediante uno de sus promotores, quienes se encontraban altamente capacitados para dar la información de manera verbal, teniendo en cuenta que no existía un mandato legal que exigiera a las administradoras de pensiones dejar constancia escrita de las asesorías realizadas, pues solo se requería la suscripción del formulario de afiliación para entender que se realizó de manera libre voluntaria sin ningún tipo de presión, fuerza o dolo.

Alegó además, que en los 20 años que estuvo afiliado el demandante en el RAIS, en ningún momento solicitó el regreso a COLPENSIONES, y de ese actuar se denota la real vocación y ratificación de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad y beneficiarse de sus ventajas, no debiéndose acceder a la solicitud de ineficacia, en atención a que solo cuando se encontraba a portas de consolidar su derecho pensional indaga sobre cual régimen cumple con sus expectativas pensionales, y pese a ser una persona capaz, endilga la responsabilidad de un eventual perjuicio a la AFP, con el único fin de acceder a una mayor prestación pensional, lo que no se comparte, dado que si bien existe un deber a cargo de las administradoras de pensiones, también existe un deber de diligencia de los consumidores financieros.

Finalmente, en lo que respecta a la devolución de los rendimientos financieros y bonos pensionales si los hubiese, aseguró que es cuestionable

que se emita dicha condena a pesar de que PORVENIR S.A. hizo la debida gestión que le era exigible, ya que los dineros del demandante bajo su administración no sufrieron alguna perdida del su valor adquisitivo, sino que en realidad generaron rendimientos, y el bono pensional debe devolver se directamente al Ministerio de Hacienda y Crédito Publico por ser la entidad que lo emite y no directamente al demandante.

No obstante la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar**: 1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., efectuado por el señor **CESAR ALIRIO LEAL MOLINA** el día 2 de julio de 1999; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PORVENIR S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A. el 02 de julio de 1999, con fecha de efectividad el 01 de septiembre de 1999, posteriormente solicitó trasladarse a la AFP HORIZONTE el día 28 de enero de 2002, con fecha de efectividad el 1 de marzo de 2002, y finalmente retornó a PORVENIR S.A. por fusión, el 1 de enero de 2014 con fecha de efectividad del 1 de enero de 2014 (fl.51 del archivo 04 del expediente digital)

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos por razones

válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994.Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre

28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con el demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el presente caso, los fondos demandados en su contestación de la demanda aportaron **COLPENSIONES:** expediente administrativo; **AFP PORVENIR** certificado SIAFP, formulario de afiliación a PORVENIR de fecha 2 de julio de 1999, formulario de afiliación a Horizonte S.A. de fecha 28 de enero de 2002, Certificado de afiliación, registro de Relación Histórica de Movimientos de la cuenta de ahorro individual, historia laboral emitida por el Ministerio de hacienda y Crédito Público, concepto emitido por la Superintendencia Financiera, y comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 2 de julio de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que asesoraron y brindaron toda la información necesaria, sin que se alleguen la hoja de vida de quien brindo la asesoría, para verificar que formación profesional tenía, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado al demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen, sin que tal presupuesto se tenga por desvirtuado, por haber manifestado el actor, que no tuvo dudas ni reparos al momento de realizar el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 2 de julio de 1999, el demandante tenía 598 semanas (fl. 50 a 58 del archivo 01 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 39 años (nació el 19 de abril de 1955 – fl.18 del archivo 01 del expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2017, (precisando que para el 11 de agosto de 2020, fecha de expedición de reporte de semanas cotizadas a la AFP PORVENIR S.A., el demandante había cotizado 1665 semanas, fl. 50 a 58 del archivo 01 del expediente digital) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por PORVENIR S.A., la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS

no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP PORVENIR S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada al demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 2 de julio de 1999, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que PORVENIR S.A. no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

> *"Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021,* ***los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado,***

> ***bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen,*** *precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad."*

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

> *(…) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.*
>
> *En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.° 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(…)*

En tal sentido, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

> *"(…) 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.*
>
> *"(…) 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 y CSJ SL4989-2018, 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."*

Del mismo modo, en lo que respecta al punto apelado por la AFP en lo que refiere a la orden de devolver los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, es preciso traer a colación

reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

> *"(…) 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.***
>
> *Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de* ***ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos****, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)*

De lo anterior es claro, que pese a lo argumentado por la AFP apelante, el criterio dispuesto por nuestro órgano de cierre, establece que con la declaratoria de ineficacia del traslado, debe ordenarse no solo la devolución de los aportes del afiliado, sino también conceptos tales como los rendimientos, bonos pensionales, y con cargo a los recursos de las administradoras, los valores correspondientes a gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, en razón a ello, y en virtud al grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, hay lugar a **ADICIONAR** el ordinal TERCERO del fallo recurrido en el sentido de ORDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES con cargo a sus propios recursos, los valores recibidos durante la afiliación del demandante, correspondientes a los gastos de administración, comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima.

Debe indicarse que, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Finalmente, bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** en lo demás la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor **CESAR ALIRIO LEAL MOLINA** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP PORVENIR S.A., el 2 de julio de 1999

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso de las apelantes, PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, habrá lugar a condenarlas en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cada una de las recurrentes, y a favor de la parte actora que se incluirían en la liquidación de costas que efectúe el *A quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: **ADICIONAR** ordinal TERCERO de la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2021 por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a PORVENIR S.A. a trasladar a

COLPENSIONES con cargo a sus propios recursos, los valores recibidos durante la afiliación de la demandante, correspondientes a los gastos de administración, comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2021 por el Juzgado 20 Laboral el Circuito de Bogotá

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV, a cargo de cada una de las apelantes.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502020200042401)

Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310502020200042401)

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502020200042401)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: César Alirio Leal Molina
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**020-2020-00424-**01

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mí consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **d62855111768163ffa4d8fb8ee848c5890628304b183db0dd540fc748392a8f3**

Documento generado en 11/09/2022 09:51:50 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador
Radicación No.07-2018-00589-02

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

DEMANDANTE: **MARÍA DIGNA BONILLA DE PÉREZ**
DEMANDADO: **GENERAL ELECTRIC INTERNATIONAL INC. SUCURSAL COLOMBIA y NUOVO PIGNONNE INTERNATIONAL SRL SUCURSAL COLOMBIA**
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de Apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 7º Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de mayo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Las entidades que conforman la parte demandada presentaron alegaciones por escrito, atendiendo lo ordenado en auto del 24 de mayo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora MARÍA DIGNA BONILLA DE PÉREZ, instauró demanda ordinaria laboral contra GENERAL ELECTRIC INTERNATIONAL INC. SUCURSAL COLOMBIA y NUOVO PIGNONNE INTERNATIONAL SRL SUCURSAL COLOMBIA, como aparece de folios 3 a 26 del archivo 01 del expediente digital y subsanación de la demanda debidamente sustentada (pgs. 665 a 678 del archivo

01 del expediente digital), con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

DECLARATIVAS PRINCIPALES:

1. **DECLARAR** que las empresas 1) GENERAL ELECTRIC INTERNATIONAL INC, 2) CORPORACION NUOVO PIGNONE DE VENEZUELA S.A., 3) GENERAL ELECTRIC INTERNATIONAL SUCURSAL COLOMBIA, y 4) NUOVO PIGNONE INTERNARIONAL S.R.L. SUCURSAL COLOMBIA integran una unidad de empresas conforme al artículo 194 del CST, además de un *"Grupo de Empresas"* conforme al artículo 22 del Reglamento de la "*Ley Organiza de Trabajo de Venezuela –LOTTT"*
2. **DECLARAR** que existió una única relación laboral entre la demandante y las entidades demandadas desde el 6 de agosto de 1997 hasta el 27 de marzo de 2018, devengando como último salario la suma de $10.800.000,
3. **DECLARAR** que la relación se dio por terminada por imposición de sus empleadores con antelación a la fecha que había sido pactada, siendo esta el 31 de julio de 2020.
4. **DECLARAR** que la prestación de los servicios inicialmente fue en la República Bolivariana de Venezuela y fue trasladada a la Republica de Colombia el 2 de marzo de 2015.
5. **DECLARAR** que por su lugar de inicio y culminación, la ley sustantiva aplicable al presente asunto, es la dispuesta en la *"Ley Organiza del Trabajo, de los Trabajadores y las Trabajadoras de Venezuela"*, y el derecho adjetivo laboral aplicable, es el dispuesto en la legislación Colombiana.

CONDENAS PRINCIPALES:

1. **CONDENAR** a las accionadas a pagar la *"indemnización por despido injustificado"*, del artículo 92 de la LOTTT en una suma equivalente a $294.840.000.
2. **CONDENAR** al pago de las diferencias sobre los conceptos de Antigüedad o garantía prestacional, prestación adicional de Antigüedad, días adicionales de vacaciones, días adicionales de bono vacacional, utilidades o participación en los beneficios, utilidades o participación en los beneficios fraccionados, previstos en los artículos 92, 131,132, 142, 192 y los literales

b) y c) del articulo190 de la LOTTT, y el Beneficio de relocalización conforme a la oferta de servicios personales pactada el 28 de noviembre de 2014, en una suma equivalente a $594.960.000 .

3. **CONDENAR** al pago de lucro cesante y daño moral conforme a los artículos 1184 y 1196 del Código Civil de la República Bolivariana de Venezuela.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Las demandadas **GENERAL ELECTRIC INTERNATIONAL INC. SUCURSAL COLOMBIA** y **NUOVO PIGNONNE INTERNATIONAL SRL SUCURSAL COLOMBIA**, dieron contestación al escrito inicial, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito, tal como se evidencia en las páginas 1 a 45 y 124 a 180 respectivamente del archivo 02 del expediente digital.

Escritos que fueron admitidos por el Juzgado de primera instancia, mediante auto del 16 de agosto de 2019 (pgs. 271-272 archivo 02)

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 7° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 13 de mayo de 2021, **ABSOLVIÓ** a las demandadas **GENERAL ELECTRIC INTERNATIONAL INC. SUCURSAL COLOMBIA** y **NUOVO PIGNONNE INTERNATIONAL SRL SUCURSAL COLOMBIA**, de todas las pretensiones enunciadas en el libelo inicial y **CONDENÓ** en costas a la accionante.

RECURSO DE APELACION

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación, con el objeto de revocar la sentencia, para que en su lugar se acceda a las suplicas de la demanda.

Como sustento del recurso, el impugnante señaló que el *A quo* erró en la valoración de las pruebas aportadas y practicadas dentro del proceso, ya que dentro del plenario está debidamente probado, que entre las personas jurídicas que forman la parte pasiva se configura una unidad de empresa, esto, en atención a que la casa matriz de NUOVO PIGNONNE INTERNATIONAL SRL COLOMBIA,

fue adquirida por la casa matriz de GENERAL ELECTRIC INTERNATIONAL COLOMBIA, lo cual implica que esta última tiene el control de las sucursales de ambas empresas ubicadas en los países de Venezuela y Colombia, de lo cual también concluye, la existencia de una relación laboral y no de tres, que inició su ejecución en Venezuela y culmino en Colombia, como puede extraerse de hechos tales como, que el código de trabajador que tenía la demandante no fue modificado desde el año 1997 hasta la fecha en la que termino su relación laboral en el 2017, la aceptación de los testigos de las demandadas sobre el reconocimiento de la antigüedad de la demandante a la finalización de la relación, y que el traslado solo fue como consecuencia de un cambio de operación del servicio.

Así mismo, presento inconformidad respecto a que el juzgador no dio uso de ningún *"acuerdo o convenio"* para la aplicación de la legislación extranjera, y a su vez, dio una indebida interpretación el principio de territorialidad del artículo 2 del CST, al desconocer el criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en sentencia de radicado 42741 del 8 de mayo de 2013, que establece que dicho principio no es absoluto, lo que implica la posibilidad de aplicar las normas venezolanas por ser el lugar donde inició la prestación de los servicios de la demandante.

Finalmente, aseguró que el juzgador negó el derecho a la seguridad social de la demandante sin realizar ningún estudio de fondo, y en lo que respecta a la cosa juzgada, señaló que no podía ser declarada, toda vez que el contrato de transacción del cual nace la decisión, no abarca dentro de su contenido, la totalidad de las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

La controversia del presente proceso se centra en primera medida en determinar si hay lugar a declarar una unidad de empresas entre GENERAL ELECTRIC INTERNATIONAL INC. SUCURSAL COLOMBIA y NUOVO PIGNONNE INTERNATIONAL SRL SUCURSAL COLOMBIA, y posteriormente establecer si existió una o varias relaciones laborales entre la demandante y las demandadas, si hay lugar a dar aplicación de normas extranjeras en atención a las

características propias del litigio, y finalmente si debe ordenarse el pago de algún monto por concepto de seguridad social.

DE LA UNIDAD DE EMPRESA

Alega la parte demandante que se debe declarar la unidad de empresa entre las compañías GENERAL ELECTRIC INTERNATIONAL INC. SUCURSAL COLOMBIA y NUOVO PIGNONNE INTERNATIONAL SRL SUCURSAL COLOMBIA, en la medida que aseguró que la casa matriz de la primera adquirió la casa matriz de la última, situación que a su juicio permite que los trabajadores que prestan sus servicios en las sucursales de ambas, estén vinculados bajo la subordinación de una sola unidad empresarial.

A efectos de resolver el cuestionamiento planteado, tenemos que el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 32 de la Ley 50 de 1990, preceptúa: "*(…) Se entiende como una sola empresa, toda unidad de explotación económica o las varias unidades dependientes económicamente de una misma persona natural o jurídica, que correspondan a actividades similares, conexas o complementarias y que tengan trabajadores a su servicio.",* advirtiendo que *"En el caso de las personas jurídicas existirá unidad de empresa entre la principal y las filiales o subsidiarias en que aquella predomine económicamente, cuando, además, todas cumplan actividades similares, conexas o complementarias; (…)".*

Ahora, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado en la sentencia con radicación 32212 de 2009, reiterada en sentencias n.°43680 de 2016 y 83054 de 2021, que la unidad de empresa consiste en el *"reconocimiento administrativo o judicial que tiene por objeto impedir el desmejoramiento de la situación del trabajador provocado por la fragmentación del capital o del tiempo necesario para obtener algunas prestaciones establecidas en la ley o en las convenciones colectivas. La sentencia que declare la unidad de empresa vincula no solo a la sociedad que el demandante considere como matriz, sino que también a las que aparezcan como filiales de aquella para la procedencia de declaratoria de unidad de empresa y poder predicarla respecto de varias personas jurídicas, es menester establecer la* ***interrelación económica*** *que se presenta entre las implicadas para los efectos vinculantes conforme a la ley"* (Sentencia de 21 de abril de 1994, radicación n.° 6047).

Así mismo, el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria Laboral ha puntualizado que, no siempre que se esté en presencia de un grupo empresarial conformado por una sociedad principal o matriz y varias subordinadas, necesariamente hay unidad de empresa, ya que resulta indispensable verificar en cada caso el factor del *predominio económico o relación de dependencia económica,* que exige el precepto jurídico ya enunciado, que comprende tanto la participación accionaria como el control financiero y administrativo entre las sociedades, común y reciproco, que permita tener certeza que las subsidiarias se encuentren directamente sometidas a la controlante, sumado a que todas las compañías deben cumplir actividades similares, conexas o complementarias.

Al respecto, resulta dable citar la sentencia SL6228- 2016, en la que nuestro máximo órgano de cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral, puntualizó:

> *"Así las cosas, en los términos del art. 194 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el art. 32 de la L. 50 de 1990, cuando la declaratoria de unidad de empresa recae sobre personas jurídicas, no basta la existencia de una unidad de explotación económica, y la ejecución de actividades similares, conexas, o complementarias, sino que también se requiere contar con la prueba del predominio económico de la sociedad principal sobre las filiales o subsidiarias, para el caso a través de las personas jurídicas y no por medio de sus socios individualmente considerados. En cambio, en materia comercial, conforme al art. 260 del CCo. y la Ley 222 de 1995 arts. 26 y 28, los elementos que obligatoriamente deben concurrir para la existencia del grupo empresarial son la subordinación, dependencia o control societario, y además la unidad de propósito y dirección.*

A lo anterior se agrega que, tal como menciono el juez de primera instancia, el H. Consejo de Estado al referirse al requisito de predominio económico en la unidad de empresa, ha explicado en las sentencias con Radicaciones n.° 5933 y 5934 (acumulados) del 8 de marzo de 1994, Sec. Segunda, lo siguiente:

> *«(…) no siempre que en una unidad de explotación económica tengan injerencia varias subordinadas, hay unidad de empresa con la matriz, pues mientras que la subordinación puede depender de un control financiero o administrativo sin predominio de capital, éste si es el factor determinante en la unidad de empresa. Las subordinadas integrarán unidad empresarial con la matriz únicamente cuando ésta derive su control o dirección de su predominio económico (….).*
> ***Para que se configure dicho predominio económico de la sociedad principal sobre la subsidiaria (…) se requiere que aquella posea más del 50% del capital y ello al tenor del artículo 261, numeral 1° del C. de Co. puede suceder directamente, o por intermedio o en concurrencia con sus subordinadas, o con las filiales o subsidiarias de éstas».*** *(Negrilla fuera del texto).*

Atendiendo la normativa enunciada y los precedentes jurisprudenciales citados, entiende esta Sala de Decisión que para la declaratoria de una unidad de empresa entre personas jurídicas deben concurrir dos elementos, a saber: *i)* las actividades que ejecuten o desarrollen las empresas deben ser similares, conexas o complementarias y *ii)* debe estar acreditado como elemento esencial el predominio económico de la sociedad principal sobre su filial o subsidiaria, a través de las personas jurídicas y no por medio de sus socios individualmente considerados.

Descendiendo al asunto que nos ocupa, a fin de probar la unidad de empresa entre GENERAL ELECTRIC INTERNATIONAL INC. SUCURSAL COLOMBIA y NUOVO PIGNONNE INTERNATIONAL SRL SUCURSAL COLOMBIA, la señora MARÍA DIGNA BONILLA DE PÉREZ allegó el certificado de existencia y representación de las demandadas, evidenciándose las siguientes situaciones:

Compañía GENERAL ELECTRIC INTERNATIONAL INC SUCURSAL COLOMBIA (páginas 679 a 693 del archivo 01 y 245 a 259 del archivo 02 del expediente digital)

- Por escritura pública n. 0000462 del 24 de marzo de 1999 de la Notaria 17 del Círculo de Medellín, fue constituida una sociedad comercial, bajo la denominación GENERAL ELECTRIC INTERNARIONAL INC SUCURSAL COLOMBIA, documento con el que además *"se protocolizaron copias auténticas de la fundación de la sociedad "GENERAL ELECTRIC INTERNATIONAL INC" domiciliada en Delawaere U S A, de sus estatutos y de la resolución que acordó el establecimiento en Colombia de una sucursal"*

Y la sociedad NUOVO PIGNONNE INTERNATIONAL SRL SUCURSAL COLOMBIA (paginas 231-244 del archivo 02 del expediente digital)

- Por escritura pública No 61 del 28 de enero de 2013 de la Notaria 31, fue establecida una sucursal, se protocolizaron copias auténticas de la fundación de la sociedad NUOVO PIGNONE SPA domiciliada en Italia, de sus estatutos y de la resolución que acordó el establecimiento en Colombia de una sucursal

- Por escritura pública No 2207 del 20 de junio de 2017 de la Notaria 16 de Bogotá D.C., la sucursal cambio su nombre a NUOVO PIGNONE INTERNATIONAL SRL SUCURSAL COLOMBIA, y la sociedad casa principal de la sucursal cambio su nombre a NUOVO PIGNONE INTERNATIONAL SRL

Luego entonces, de los certificados bajo estudio establece esta Sala de Decisión que las aquí demandadas nacieron como sucursales de entidades completamente diferentes, no obstante, debe indicarse que de los testimonios practicados a los señores PEDRO JOSE VELIS, AYDA ALVIS CASTAÑO y LUISA VILLANUEVA RAMIREZ, puede extraerse que ambas compañías hacen parte de lo que ellos llamaron *"un grupo empresarial"*, denominado G.E. CORPORATE, situación que les consta al haber sido empleados de las aquí demandadas, y que además puede corroborarse al observar que las personas que suscriben los certificados laborales obrantes a folios 108 a 114 del expediente, lo hacen como trabajadores del mencionado G.E. CORPORATE, sin embargo, tal situación no genera que varíe la decisión adoptada en primera instancia, pues pese a que se encuentre probada la integración de las empresas a un solo grupo empresarial, lo cierto es que se hace necesaria la debida acreditación del presunto predominio económico de GENERAL ELECTRIC INTERNATIONAL INC o su sucursal en Colombia, respecto de la demandada NUOVO PIGNONE INTERNATIONAL SRL SUCURSAL COLOMBIA, no encontrándose prueba dentro del plenario que dé fe a esta sala de la existencia de tal situación, advirtiendo que la mera afirmación de los testigos no resulta suficiente, ya que para este tipo de casos, se hace necesario determinar concretamente tanto la participación accionaria superior al 50%, como el control financiero y administrativo entre las sociedades, aspecto frente al cual no se relacionó el debido caudal probatorio, sin que este demás aclarar, que las presuntas actas de asamblea que enuncia haber allegado el profesional del derecho al sustentar su recurso, no obran dentro del expediente ni fueron decretadas en la audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS.

Así las cosas, y en atención a que el predominio económico es un requisito indispensable para establecer la existencia de la unidad de empresa, no erró el *A quo* al negar la declaratoria de la misma.

DE LA RELACION LABORAL

Ahora bien, pretende la parte recurrente sea declarada la existencia de una sola relación laboral desde el 6 de agosto de 1997 hasta el 27 de marzo de 2018, por lo que antes de adentrarnos a resolverla, cabe mencionar que en esta instancia no se encuentra en discusión que la señora MARÍA DIGNA BONILLA DE PÉREZ presto sus servicios personales por los siguientes tiempos:

- Del 6 de agosto de 1997 al 1 de marzo de 2015 en la CORPORACION NUOVO PIGNONE DE VENEZUELA S.A. en el cargo de Sales Suport 5, (fl. 108 archivo 01 del expediente digital)

- Del 2 de marzo de 2015 hasta el 31 de julio de 2017 en GENERAL ELECTRIC INTERNATIONAL INC SUCURSAL COLOMBIA mediante un contrato de trabajo a término indefinido, desempeñando como último cargo el de Lead Prosal Specialist, (fl. 111 del archivo 01 del expediente digital)

- Del 1 de Agosto de 2017 hasta el 27 de marzo de 2018 en NUOVO PIGNONE INTERNATIONAL SRL SUCURSAL COLOMBIA mediante contrato de trabajo a término indefinido en el cargo de Lead Prosal Specialist, (fl. 113 del archivo 01 del expediente digital)

Hechas tales precisiones, es bien sabido que el contrato de trabajo se caracteriza por ser consensual, bilateral, conmutativo, de tracto sucesivo y oneroso, ello de conformidad con la definición enunciada en el artículo 22 del C.S.T, y los elementos para su configuración, establecidos en el artículo 23 del mismo precepto jurídico.

Luego, en atención a esas características las partes gozan de libertad para convenir la modalidad de vinculación que más les convenga de acuerdo a las particularidades que afronten, o en cierto momento de la relación, decidan libre y voluntariamente, terminarla para empezar otro vinculo o para modificar el ya existente, empero ello no puede ir en contravía de los derechos mínimos de los trabajadores y preceptos jurídicos que regulan la materia.

Además, el contrato como lo establecen los literales b) y h) el artículo 61 del CST puede ser finalizado ya sea por decisión unilateral de una de las partes, o por mutuo acuerdo, siempre que las declaraciones de las partes sean conscientes de que la relación laboral queda sin efectos a partir determinada fecha, con independencia de la modalidad contractual pactada.

Dicho esto, al descender al asunto de marras, tenemos que tal cómo se reseñó en líneas anteriores, existe certeza de la suscripción de tres contratos de trabajo, el primero en territorio venezolano, que culminó mediante *"transacción laboral"* realizada entre la demandante y CORPORACION NUOVO PIGNONE DE VENEZUELA S.A., como se observa en el documento que obra a folios 43-56 del archivo 01 del expediente digital, al cual, esta Corporación no puede realizar un estudio adicional sobre su legalidad, dado que el contrato y su medio de terminación estuvo regulado bajo las normas laborales del vecino país, y no le son aplicables disposiciones propias de nuestra legislación laboral, sin embargo, lo que si se demostró en el presente asunto, es que la señora MARÍA DIGNA BONILLA DE PÉREZ aceptó haber recibido el dinero pactado, y no enfrento presión alguna para suscribir dicho documento, pues tal terminación, fue con ocasión de haber aceptado la oferta laboral que le realizó GENERAL ELECTRIC INTERNATIONAL INC SUCURSAL COLOMBIA.

El segundo contrato, fue suscrito en Colombia con la empresa GENERAL ELECTRIC INTERNATIONAL INC SUCURSAL COLOMBIA, y este, se originó de la aceptación de la oferta laboral ya mencionada (folio 58 a 63 del archivo 01 expediente digital), es de anotar, que dicho documento en ningún modo propende un mero traslado de la prestación de servicios de un trabajador, sino que tenía como finalidad poner en consideración de la actora, el iniciar una nueva relación laboral bajo las directrices de una empresa diferente a la que estaba vinculada, por lo que resulta coherente, que con su aceptación debía terminarse la relación existente en Venezuela, tal como fue realizado bajo los presupuestos legales de ese país.

Ahora, el contrató en comento, culmino mediante carta de renuncia presentada por la demandante el 31 de julio de 2017(pg. 85 del archivo 02 del expediente digital), terminación que se hizo efectiva, y de la cual recibió la liquidación correspondiente, pues así fue aceptado por esta, sin que pueda deducirse de las pruebas practicadas que no fue su intención el finiquitar la contratación vigente para iniciar un tercer contrato con NUOVO PIGNONE INTERNATIONAL SRL SUCURSAL COLOMBIA, finalizando este último por mutuo acuerdo de las partes, mediante transacción laboral (folios 116-119 archivo 01 expediente digital).

Con lo relatado, resulta evidente para esta corporación que en todas y cada una de las terminaciones de los contratos, medió la voluntad de la demandante al suscribir cada uno de los documentos con los que finalizaba el contrato que la cobijaba, ya

sea para iniciar uno nuevo, o simplemente finiquitaba la relación laboral, situaciones que gozan de presunción de legalidad para esta Sala, ya que tampoco se demostró que al momento de la celebración, firma o suscripción de los diversos contratos y sus medios de terminación, se hubiese presentado alguno de los vicios de consentimiento consagrados en el artículo 1508 del Código Civil, que de presentarse, correspondía a la demandante aportar el debido soporte probatorio para restarle validez o dejarlos sin efecto.

Por lo anterior, se hace imposible realizar la declaratoria de una sola relación laboral, pues se reitera, no se corroboró por medio alguno que las empresas a las cuales presto sus servicios fueran conexas entre sí, y que las mismas ejercieran control continuo en las funciones que realizaba la demandante por fuera del interregno que la vinculo a cada una de ellas, o dicho de otro modo, implica que su subordinación respecto de cada sociedad, solo perduró en la vigencia de los contratos de trabajo que suscribió con las mismas, por lo que solo puede entenderse que la vinculación de la demandante con cada una de las empresas indicadas, fue realizada independiente de la que la precedía, y bajo contratos únicos que regulaban cada relación, sin que tal discriminación sea afectada por el hecho de que durante las tres relaciones laborales no se modificó lo que denominaron como *"código de empleado"*, ya que está plenamente establecido con los testimonios que fueron practicados, que más que un código de identificación, era un usuario para ingresar al software que manejaban las empresas en las que fue contratada, que como ya se indicó, eran parte del grupo empresarial GE CORPORATE, luego resulta lógico que hagan uso de los mismos sistemas para la gestión de sus datos.

Así las cosas, no se observan argumentos válidos para modificar la conclusión a la que llego el juez de primera instancia, encontrándose de igual forma la existencia de tres relaciones laborales tal como fue indicado en la sentencia recurrida.

DE LA APLICACIÓN DE LA NORMA EXTRANJERA

Ahora bien, le corresponde a esta Sala establecer si se equivocó el *A quo* al no dar uso la Ley Orgánica del Trabajo, de los Trabajadores y las Trabajadoras de Venezuela en adelante LOTTT, y el Código Civil de la República Bolivariana de Venezuela dentro del proceso, en aplicación del principio *lex loci solutionis*, para tal efecto, es menester traer al plenario lo adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral en sentencias SL 1976-2018, SL3176-2019 y

sus más recientes SL4704-2021 y SL2239 de 2022, que al analizar la aplicación de la ley en el espacio sostuvo:

> *Para dar respuesta al tema planteado por el recurrente, debe advertirse que esta Sala de la Corte, frente a la aplicación de la ley en el espacio, ha indicado que por regla general, y de conformidad a lo señalado en el artículo 2.º del Código Sustantivo del Trabajo, la legislación colombiana no aplica a servicios prestados en el exterior, siendo su excepción la inequívoca continuidad de la subordinación desde Colombia, o que las partes hubieran convenido al respecto, posición que se reitera nuevamente en esta oportunidad, en la medida que no se observan razones atendibles que conlleven a variarla. (Negrillas fuera de texto original). En efecto, en sentencia CSJ SL, 10 feb 2009, rad. 31301, que reiteró la sentencia CSJ SL, 28 jun 2001, rad 15468, se dijo:*
>
> *Como lo destaca el cargo, en la aludida sentencia explicó la Sala:*
>
> *"Conviene precisar que conforme a la jurisprudencia mayoritaria de la Corte sobre aplicación de la ley en el espacio, el principio general es que con arreglo al artículo segundo del Código Sustantivo del Trabajo la legislación colombiana no se aplica a servicios prestados en el exterior, salvo que sea inequívoca la continuidad de la subordinación desde Colombia o que las mismas partes dispongan expresamente el sometimiento a la legislación colombiana durante ese lapso, caso en el cual el empleador contrae un deber cuya fuente es su propia voluntad, sin que nada impida que se obligue a ello, preservándose así los principios de autonomía de la voluntad, buena fe y lealtad.*
>
> *Cuestión distinta es cuando las partes – como ocurre en el caso aquí debatido – acuerdan expresamente lo contrario, esto es, que los servicios prestados por un trabajador en el exterior no se tengan en cuenta en Colombia para fines de salario o de prestaciones sociales, porque de conformidad con el precitado artículo segundo del código del trabajo esa estipulación es lícita, también desarrolla los postulados de autonomía de la voluntad, buena fe y lealtad, y por tanto no le es dable a ninguna de las partes rebelarse contra ella ni desconocerla".*
>
> *La impugnación parte de un equivocado entendimiento de la jurisprudencia respecto de las excepciones a la aplicación del principio de territorialidad establecido en el artículo 2º del Código Sustantivo del Trabajo, particularmente de los criterios jurídicos vertidos en la sentencia arriba transcrita. Y ello es así porque es cierto que ha considerado esta Sala que la regla que se ha dado en denominar lex loci solutionis, contenida en el artículo 2º aludido y que es fiel desarrollo del principio de territorialidad de la ley, no es absoluta y admite algunas excepciones a su aplicación, que permiten que, pese a que el contrato de trabajo no se ejecute en Colombia, se aplique la legislación laboral del país.*

De manera que, entre las interpretaciones dadas a la norma sustantiva por el juez y la parte recurrente, es la de este último la que resulta desacertada, pues el criterio de que principio de territorialidad de la norma laboral colombiana no es absoluto,

trata de la aplicación de la legislación colombiana bajo ciertas circunstancias, en relaciones laborales que sean ejecutadas en territorio extranjero, mas no habilita la aplicación de legislación foránea dentro de nuestro ordenamiento nacional, mucho menos en el presente asunto, en atención a que al verificar los contratos laborales suscritos con las demandadas en el territorio nacional (pgs.. 80 a 86 y 92 a 96 del archivo 01 del expediente digital), se observa que ambos documentos en su numeral 8 disponen que *"La empresa y El empleado tendrán las obligaciones establecidas en los artículos 57 y 58 del Código Sustantivo del trabajo(...)*", lo que implica la voluntad de los contratantes de que dichas relaciones laborales, fueran regidas bajo las normas propias de la legislación laboral colombiana.

Con ello se concluye, que fue acertada la decisión objeto de recurso, puesto que no hay lugar a estudiar u ordenar los conceptos solicitados bajo los presupuestos establecidos en la LOTTT o el Código Civil de la República Bolivariana de Venezuela, ni mucho menos realizar una mezcla normativa, adelantando las etapas procesales conforme a la legislación colombiana, para después estudiar y condenar con normas sustantivas de otro país, advirtiéndose que de considerar tener derecho a su declaratoria, es en dicho país donde debe hacer la reclamación correspondiente bajo los presupuestos y procedimientos establecidos para ello.

Así pues, y en atención a que la totalidad de condenas pretendidas fueron solicitadas bajo preceptos que se encuentran por fuera de nuestra legislación, no queda camino diferente a esta Sala de decisión al de confirmar la sentencia absolutoria proferida en primera instancia, pero por las razones expuestas en la presente decisión

COSTAS.

Por resultar desfavorable el recurso a la demandante, habrá lugar a condenarla en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de cada una de las entidades accionadas; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 7º Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de mayo de 2021, pero por los motivos expuestos en este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de las accionadas. Fíjense como agencias en derecho para cada una, la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
(Rad. 11001310500720180058902)

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
(Rad. 11001310500720180058902)

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO
(Rad. 11001310500720180058902)

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Sustanciador

Radicación No. 07-2019-00572-01

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

DEMANDANTE:	**MARÍA INÉS LOZANO LEAL**
DEMANDADO:	**COLPENSIONES**
	UGPP
	COLFONDOS S.A.
	PROTECCIÓN S.A.
ASUNTO:	**RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.) // CONSULTA COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de las demandadas COLPENSIONES, y PROTECCIÓN S.A. en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 7 Laboral del Circuito de Bogotá el día 5 de abril de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandada Colpensiones, y la parte demandante presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 6 de mayo de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora MARÍA INÉS LOZANO LEAL instauró demanda ordinaria laboral contra UGPP, COLPENSIONES y las AFP COLFONDOS S.A., y PROTECCIÓN S.A., como aparece a folios 5 a 21 del archivo 01 expediente digitalizado y subsanación de la demanda debidamente sustentada (fls.51 a 66 del archivo 01 expediente digitalizado) con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación realizada el día 6 de junio de 1995 por MARÍA INÉS LOZANO LEAL a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, toda vez que esta se obtuvo producto del engaño, al no haber recibido ningún tipo de información que le permitiera tomar una decisión consciente acerca del alcance e implicaciones que tenía para ella su traslado de régimen de prima media con prestación definida administrado por el extinto CAJANAL hoy UGPP, al régimen de ahorro individual con solidaridad.

2. Que se declare, que de conformidad con el artículo 4 del Decreto 2196 de 2009 quien debe recibir a la demandante al régimen de prima media con prestación definida es la ADMINISTRADORA COLOMBIA A DE PENSIONES COLPENSIONES.

3. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene a COLPENSIONES a recibir y a afiliar de nuevo, de manera inmediata y automática al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a la señora MARÍA INÉS LOZANO LEAL, como si su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, nunca se hubiera dado.

4. Que en virtud de ese regreso automático al régimen de prima media con prestación definida, se condene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, a nombre de MARÍA INÉS LOZANO LEAL, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y sin descontar ninguna suma por concepto de gastos de administración.

5. Que se condene a las demandadas en las costas y agendas de derecho, derivadas de este proceso.

6. Que se condene en Ultra y Extra petita.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda la UGPP (fls.86 a 100 del archivo 01 del expediente digital), PROTECCIÓN S.A. (Archivo 11 del expediente digital) y COLPENSIONES (fls.145 a 184 del Archivo 01 del expediente digital), además intervino el MINISTERIO PUBLICO (Archivo 03 expediente digital) y se tuvo por no contestada la demanda por parte de Colfondos de acuerdo al auto del 9 de noviembre de 2021.

COLPENSIONES, PROTECCIÓN y la UGPP se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 7 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 5 de abril de 2022 **DECLARÓ** la ineficacia del acto de traslado de la señora MARÍA INÉS LOZANO LEAL, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de COLFONDOS S.A., el día 6 de junio de 1995, junto con el posterior traslado a la AFP PROTECCIÓN S.A.; **CONDENÓ** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a devolver la totalidad de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la señora MARÍA INÉS LOZANO LEAL, junto con rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo el traslado al Régimen de Prima media con Prestación Definida; **ORDENÓ** a COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. devolver a Colpensiones los gastos de administración y comisiones y cualquier otro emolumentos que hubiesen descontado de los aportes pensionales que recibieron por el tiempo que estuvo afiliada la demandante a cada entidad debidamente indexados **ORDENÓ** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a recibir sin solución de continuidad como afiliado al régimen de prima media con prestación definida a la demandante desde su afiliación inicial a CAJANAL; **DECLARÓ** no probadas las excepciones de mérito propuestas; **ABSOLVIÓ** en lo demás; y **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (COLPENSIONES)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia así:

1. De la validez del traslado de régimen pensional y del principio de sostenibilidad financiera.

Sostiene la apoderada que en el expediente no obra prueba alguna de que se esté en presencia de algún vicio de consentimiento, esto es, los consagrados en el artículo 1740 del Código Civil, siendo estos el error la fuerza y el dolo, asegura que se está en presencia de un error en un punto de derecho que no tiene una fuerza legal para repercutir sobre la ineficacia jurídica del acto celebrado entre la demandante y el fondo privado.

Alega que, dentro de los fallos relacionados en el régimen de traslado, la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral ha realizado una indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil, al establecer que es responsabilidad del fondo privado demostrar la inexistencia de cualquier vicio de consentimiento al momento de traslado de régimen de la demandante, lo que quiebra la lógica de las cargas probatorias en este tipo de procesos.

Indica la existencia de responsabilidades reciprocas entre las partes que se encuentran establecidas en el artículo 4 del Decreto 2241 de 2010, una de ellas, es informarse adecuadamente del sistema general de pensiones y aprovechar los sistemas de información, divulgación y capacitación para conocer el funcionamiento del sistema pensional, por ello, la demandante que en este caso es abogada, no puede excusarse en el desconocimiento de la norma, ya que de su silencio se entiende que la decisión de permanecer en el fondo privado es consiente, para fundamentar tal situación, enunció que esta corporación ya se ha pronunciado con ponencia del Magistrado David Correa, quien dispuso que en este tipo de procesos debe tenerse en cuenta la provisión legal descrita en el articulo 2 De la ley 797 de 2003, e indica que no es viable que una persona pretenda una nulidad o ineficacia, cuando observó que el monto de su pensión no estaría acorde a sus aspiraciones económicas, y por ende el afiliado debe someterse a las condiciones del sistema que aceptó a la firma del formulario.

Argumenta, que con la sentencia se viola el principio de la descapitalización, desarrollado en sentencias tales como la C1024 de 2004, SU 062 de 2010,

y la SU 0130 de 2013, donde la Corte Constitucional en materia de traslados indica que *"nadie puede resultar subsidiado a costas de los recursos ahorrados de manera obligatoria de otros afiliados"*, generando que el régimen de prima media con prestación definida se descapitalizaría, y la declaración injustificada de la ineficacia de traslado de un demandante, afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional, y pone en peligro los derechos fundamentales a la seguridad social de los demás afiliados, reiterando que no se puede permitir la descapitalización del fondo público con la vinculación de personas que sin contribuir a su formación, vienen en ultimo momento a recibir un pago o una pensión que le financiaría el sistema pensional.

Por su parte la demandada PROTECCIÓN S.A. sustentó el recurso de apelación que interpuso contra de la sentencia proferida así:

Indicó que la devolución de comisión de administración indexada recae frente a conceptos ya causados dentro de la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, descuentos realizados conforme a la ley como contraprestación a una buena gestión de administración, y con la condena dictada, su representada debe devolver el capital de la cuenta de ahorro individual, más los rendimientos financieros generados y lo descontado por comisión por administración, entre ello, el seguro previsional que va sumergido en el 3% descontado, constituyéndose entonces un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES por recibir una comisión que ni siquiera está destinada a financiar la pensión de vejez de la demandante, ya que estaría recibiendo un capital por un dinero que nunca administro, y se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante fruto de la buena administración de PROTECCIÓN S.A., por lo que su representada tiene derecho a conservar la comisión y no enviarla a COLPENSIONES por no existir norma que así lo regule.

Adujo que se está desdibujando la consecuencia de la ineficacia, pues al negar todo efecto jurídico y retrotraer las cosas, y ordenar a PROTECCIÓN S.A. a devolver la comisión de administración y los rendimientos, se está reconociendo que dicha afiliación sí tuvo efectos, por lo que es evidente que la situación de la demandante no se está retrotrayendo, aunado a ello, indicó que la jurisprudencia ha mencionado que *"hay que trasladar todo en cuanto*

entro o ingreso a la cuenta de ahorro de la demandante", y como ese 3 % es un descuento de carácter legal que nunca ingreso a la cuenta de ahorro individual, y teniendo en cuenta el artículo 1746 del Código Civil que habla de las restituciones mutuas fruto y abono de mejoras, debe entenderse que aunque se declare una ineficacia y se determine la inexistencia del contrato de afiliación, no se puede desconocer que el bien administrado genero unos frutos y mejoras producto de la buena gestión de la AFP, por lo que esta última tiene derecho a conservar la comisión de administración si efectivamente lo hizo rentar.

Argumentó que, el seguro previsional fue girado a una aseguradora que en caso de existir un siniestro de invalidez o sobrevivencia, financiaría las pensiones por dichos conceptos, empresas que son un tercero de buena fe que nada tuvo que ver en el acto de traslado de régimen, finalmente aseguró que los gastos de administración y pagos al seguro previsional, opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se van descontando en la periodicidad que impone la ley y no financian directamente la prestación económica de la parte demandante.

No obstante la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar**: 1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A., efectuado por la señora **MARÍA INÉS LOZANO LEAL** el día 6 de junio de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP PROTECCIÓN S.A., y COLFONDOS S.A. devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS S.A. el 6 de junio de 1995, con fecha de efectividad el 01 de julio de 1995 y posteriormente solicitó

trasladarse a la AFP PROTECCIÓN S.A. el día 17 de junio de 2013, con fecha de efectividad el 01 de agosto de 2013 (fl.39 del archivo 11 del expediente digital)

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos por razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994.Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a

conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **COLPENSIONES aportó:** expediente administrativo. **AFP PROTECCIÓN aportó:** Formulario de afiliación a PROTECCIÓN de fecha 17 de junio de 2013, Historia laboral consolidada emitida por su AFP, reporte estado de cuenta fondo de pensiones obligatorias, SIAFP, políticas de ejecutivos comerciales para asesorar y vincular personas naturales, concepto emitido por la Superintendencia financiera, comunicado de prensa; **AFP COLFONDOS** se tuvo por no contestada.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 6 de junio de 1995, fecha del

traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen, máxime, que informó que el formulario le fue entregado por el bienestar familiar, sin recibir visita alguna por algún asesor, sin que tal presupuesto se tenga por desvirtuado al manifestar que nunca solicito asesoría o presento inconformidad frente a las administradoras del RAIS .

Claramente para el momento del traslado 6 de junio de 1995, la demandante tenía 204.14 semanas (fl.41 a 56 del Archivo 11 del expediente digital), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 5 de enero de 1962 – fl.22 del Archivo 01 del expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2019 (precisando que para el 16 de julio de 2021, fecha de expedición de reporte de semanas cotizadas a la AFP Protección S.A., la demandante había cotizado más de 1527 semanas, fl.41 a 56 del Archivo 11 del expediente digital) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los apelantes, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP COLFONDOS S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como valida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP COLFONDOS S.A., el 6 de junio de 1995, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que COLFONDOS S.A. no logró acreditar

en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

> *"Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021,* ***los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen,*** *precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad."*

Ahora bien, en relación a que sobre la demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

> *(…) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (…)"*

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se prueba que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, el siguiente aparte:

(…) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.° 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(…)

En tal sentido, a ello sumado por lo manifestado por la demandada, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

"(…) 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.

"(…) 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 y CSJ SL4989-2018, 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."

Del mismo modo, frente al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se hace necesaria la orden de reintegro de la totalidad de las cotizaciones en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

"(…) 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.***

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de ***ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías***

> ***Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos****, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)*

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora **MARÍA INÉS LOZANO LEAL** del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP COLFONDOS S.A., el 6 de junio de 1995.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se DECLARARÁ NO PROBADA de la excepción de prescripción.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso de las apelantes AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, habrá lugar a condenarlas en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cada una de las recurrentes, y a favor de la parte actora que se incluirían en la liquidación de costas que efectúe el *A quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 5 de abril de 2022 por el Juzgado 7 Laboral el Circuito de Bogotá

SEGUNDO: **COSTAS** en esta instancia a cargo de las demandadas AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV, a cargo de cada una de las apelantes.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310500720190057201)

Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310500720190057201)

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310500720190057201)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: María Inés Lozano Leal
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**007-2019-00572-**01

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mí consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **c42b500456756d1117260cd6b79be2d3098c9a6917346102911303a9b558bb1d**

Documento generado en 11/09/2022 06:33:49 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Sustanciador

Radicación No. 21-2019-00699-01

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

DEMANDANTE:	**EDGAR FONSECA TANGARIFE**
DEMANDADOS:	**COLPENSIONES**
	PORVENIR S.A.
	COLFONDOS S.A.
LLAMADA EN GARANTIA:	**SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.**
VINCULADA:	**MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO**
ASUNTO:	**CONSULTA PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de mayo de 2022, por así ordenarlo el art. 69 del CPT y la SS.

Se reconoce personería a la abogada ANGELICA MARIA CURE MUÑOZ con C.C. No 1.140.887.921 y tarjeta profesional No 369.821 del Consejo Superior de la Judicatura, en su calidad de abogada inscrita a la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., como apoderada sustituta de la parte demandada SOCIEDAD

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROVENIR S.A.

El MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO, PORVENIR S.A., SEGUROS DE VIDA ALFA, y COLPENSIONES, presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto de 17 de junio del 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

El señor EDGAR FONSECA TANGARIFE instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, PORVENIR SA, y COLFONDOS, debidamente sustentada (fls. 5 a 24 del archivo 01 del expediente digital), con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación realizada por EDGAR FONSECA TANGARIFE al régimen de ahorro individual con solidaridad, por cuanto su consentimiento estuvo viciado al no habérsele proporcionado información sobre las consecuencias que acarreaba, entendiéndose que siempre permaneció en el régimen de prima media.

2. Que, como consecuencia de la anterior declaración, se condene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., y a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS a trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes a pensión, junto los intereses o rendimientos producidos, junto con los cobros que realizo por administración.

3. Que luego del regreso automático al régimen de prima media con prestación definida, se declare que es beneficiario del régimen de transición.

4. Que se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar una pensión de vejez bajo los parámetros del Decreto 758 de 1990 a partir del 19 de noviembre de 2012, el retroactivo pensional con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, o subsidiariamente, de manera indexada

5. Que se condene a las demandadas en las costas y agendas de derecho, derivadas de este proceso.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestó la demanda: COLPENSIONES (fls.135 – 172 Archivo 01 del expediente digital), COLFONDOS S.A. (fls.202 – 228 y 515 -541 Archivo 01 del expediente digital) y PORVENIR S.A. (fls.372 – 401 del Archivo 01 del expediente digital), de acuerdo a los autos de fecha 6 de julio y 29 de noviembre de 2021.

Por otra parte dentro del trámite adelantado, el Juzgado de primera ordeno la vinculación del MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO que en igual sentido presentó escrito de contestación (fls.843-881 del archivo 01 del expediente digital), admitió el llamamiento en garantía de SEGUROS DE VIDA ALFA S.A solicitado por PORVENIR S.A., aseguradora que dio contestación a la demanda y el escrito de llamamiento (fls.813-820 del archivo 01 y fls.3,4, y 40-49 del archivo 10 del expediente digital) de acuerdo a los autos de fecha 29 de noviembre de 2021 y 22 de abril de 2022

COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO y SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito

Finalmente PORVENIR presentó demanda de reconvención en contra del actor (fls.1-4 archivo 0. de la carpeta 02 del expediente digital), con el objetivo de:

1. **CONDENAR** al señor EDGAR FONSECA TANGARIFE a devolver todos los dineros que haya recibido por parte de su entidad, por concepto de mesadas pensionales derivadas del reconocimiento de la pensión de vejez.

El señor EDGAR FONSECA TANGARIFE demandado en reconvención, dio contestación y se opuso a la prosperidad de la pretensión invocada en su contra (fls.25-35 archivo 0. de la carpeta 02 del expediente digital)

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 21 laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 20 de mayo de 2022, **NEGÓ** las pretensiones de la demanda presentada por el señor EDGAR FONSECA TANGARIFE; **DECLARO** probada de oficio la excepción de imposibilidad de reversar el acto de traslado ante el reconocimiento de la pensión

de vejez por parte del fondo privado, relevándose del estudio de los demás medios exceptivos por este incluir la totalidad de las pretensiones de la demanda; **NO PRONUNCIARSE** sobre la demanda de reconvención y el llamamiento en garantía; y **CONCEDIÓ** el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia fue adversa a los intereses del demandante, la Sala avocará su conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta, con fundamento en las siguientes.

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar**: 1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS SA efectuado por el señor EDGAR FONSECA TANGARIFE el día 12 de abril de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la mencionada AFP y PORVENIR S.A. devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM; **3.** Si el demandante tiene derecho al reconocimiento pensional atendiendo lo establecido en el acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición **4.** Si el demandante debe devolver a la AFP PORVENIR los dineros que haya recibido por concepto de mesadas pensionales.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP COLFONDOS el 12 de abril de 1994 con fecha de efectividad el 1 de mayo de 1994, posteriormente solicito trasladarse a la AFP COLPATRIA el 19 de julio de 1999 con fecha de efectividad del 1 de septiembre de 1999, y finalmente solicito trasladarse a PORVENIR S.A el 25 de febrero de 2000 con fecha de efectividad del 1 de abril de 2000 (fl. 413 archivo 01 del expediente digital)

Por otro lado, no hay asomo de duda que la PORVENIR SA le reconoció pensión de vejez al demandante, a partir del 16 de enero de 2015, y bajo la modalidad de retiro programado, y a partir del mes de septiembre de 2017 bajo la modalidad de renta vitalicia con una mesada pensional para el año 2021 de $1.217.229, conforme

a la certificación de las mesadas realizadas expedida por Seguros de vida alfa S.A. (fls.828 a 829 archivo 01 expediente digital) y la relación histórica de pagos para pensionados emitido por PORVENIR S.A. (fls.12 a 16 del archivo 0. De la carpeta 02 del expediente digital).

Ahora, referente al alcance de la información suministrada a la parte actora para su traslado de régimen pensional al régimen de ahorro individual, pertinente es de anotar que el deber de información como obligación especial compete a las Administradoras de Fondos de Pensiones «*debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional*», así lo tiene adoctrinado la Jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia desde la sentencia con Radicado **31989** del 9 de septiembre 2008, donde estableció unas obligaciones especiales para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

Igualmente, la sentencia con radicación 31314 del 09 de septiembre de 2008 el máximo Tribunal adoctrinó que se deberá invertir la carga de la prueba, toda vez que la actuación viciada de traslado, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen:

> *En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino* ***en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada****.*
>
> *No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones",* ***pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.***
>
> *Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual,* ***no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen****; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.*

Ahora bien, en sentencia SL 12136 con radicación No 46292 del 3 de septiembre de 2014 indicó que *«(…) 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 (…)»*. (Radicado 46292 de 03 de septiembre de 2014).

Por otro lado, en la sentencia en cita adoctrinó:

> *En efecto, es el propio Estatuto de la Seguridad Social el que conceptúa que el régimen de ahorro individual con solidaridad, si bien propende por «la competencia entre las diferentes entidades administradoras del sector público y sector social solidario», se rige bajo el respeto del «que libremente escojan los afiliados», lo que exhibe que el legislador, si bien permitió que nuevos actores económicos incursionaran en la administración del Sistema Pensional, no descuidó que se honraran las prerrogativas de los afiliados, menos si se tiene en cuenta, se insiste, que regularía derechos constitucionalmente protegidos como la pensión.*
>
> *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 1°, 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.*

En otro sentido, si bien en la sentencia **SL17595-2017** la H. Corte Suprema de Justicia adoctrinó que la nulidad de traslado procedía en casos que afectara la pérdida de régimen de transición, al respecto adoctrinó:

> *"(…) De suerte que COLFONDOS S.A no acreditó que le suministró al promotor del proceso los suficientes datos y explicaciones del traslado respectivo tal y como se expuso en la esfera casacional, máxime que, en este asunto, se reitera, están en juego aspectos tan trascendentes como la pérdida de la transición, y de contera la imposibilidad de acceder a la pensión de vejez, se requiere acudir a una hermenéutica que se avenga a los principios que inspiran al sistema y a los regímenes pensionales, en los que se prevé el traslado libre y voluntario, e incluso a las disposiciones que en la ley así lo imponen.*
>
> ***Aquí y ahora, se recuerda que no es dable argüir 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 (…).”

De lo anterior, es claro que el demandante se encuentra dentro de los parámetros trazados por nuestro órgano de cierre para acceder a la ineficacia del traslado pretendido, por no encontrarse pruebas dentro del plenario que demuestren que se le haya brindado la debida información, en su traslado de régimen inicial, advirtiendo que cualquier asesoría que el demandante haya podido recibir de forma posterior, esta no puede ser tenida como válida para suplir ese déficit de información que conllevo la decisión del traslado de régimen inicial.

No obstante, no debe dejarse de lado el status de pensionado que adquirió el demandante en el año 2015, ello obedece, como bien se ha expuesto en sentencias como las CSJ SL373 de 2021, SL105 de 2022 y SL463 de 2022, a una situación jurídica ya consolidada, a un hecho consumado del cual, si de los efectos de la ineficacia o nulidad se trataran, no es dable revertir, pues ello devendría en la afectación de derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de tercero de buena fe.

Dicho criterio fue dispuesto recientemente por nuestro órgano de cierre en sentencia SL105 de 2022 (Rad.81402) respecto a casos que presentan situaciones fácticas similares a las que aquí nos ocupan:

“En sentencia CSJ SL373-2021, la Corte estudió un caso de contornos similares al presente, donde se planteó como uno de los problemas jurídicos determinar si bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, podía la persona regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida estando pensionada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En el referido fallo se dijo:

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

También, en la sentencia CSJ SL3707-2021 esta Corporación dejó asentado:

> *Así, no andaba desencaminado el sentenciador cuando adujo las consecuencias financieras al sistema que podría acarrearse con la*

> *declaratoria de ineficacia del traslado, no porque eventualmente fuere masiva, sino porque,* ***para el caso concreto, ya había efectos económicos que no resultaban reversibles y obrar de manera distinta implicaría afectar a terceros de buena fe,*** *en este evento en particular, por ejemplo, a la aseguradora con quien se celebró el contrato de renta vitalicia.*
>
> *Y es que* ***el efecto de la declaratoria de ineficacia, a falta de disposición específica que regule el tema, según lo ha sostenido la Corte, por regla general, no es otro que el señalado en el artículo 1746 del Código Civil, es decir, dar a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato*** *(CSJ SL2877-2020), lo cual, por las razones arriba explicadas,* ***en estos casos, cuando el reclamante tiene la calidad de pensionado y ha percibido las mesadas contratadas****, v. gr. en este evento específico hace ya aproximadamente doce (12) años,* ***esto no es posible (…).***
>
> *(…) En todo caso, es importante aclarar que la citada providencia CSJ SL373-2021, dejó a salvo el derecho del pensionado de demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora, si lo considera pertinente."*

Aunado a lo anterior, esta Sala de decisión también observa que las entidades demandadas propusieron la **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN**, la cual no fue objeto de pronunciamiento por el *A quo*.

Es de anotar que si bien el derecho pensional nunca prescribe, en el evento en estudio, por tratarse de nulidad de traslado del RPM al RAIS, no obstante ya haberse reconocido la pensión desde el año 2015 en el RAIS, el beneficiario también debió realizar la reclamación sobre la nulidad del reconocimiento de la pensión dentro del término prescriptivo dispuesto en el Art. 488 CST y el Art. 151 CPTSS, esto es, 3 años contados desde que la obligación se hizo exigible.

En relación con la interrupción de la prescripción establecida en el Art. 488 del CST, se tiene que la misma ocurre extraprocesalmente mediante la presentación escrita del trabajador sobre los derechos determinados.

En ese orden, para que el fenómeno prescriptivo no se hubiese configurado, debió haberse interrumpido por **una sola vez mediante el respectivo reclamo administrativo dentro de los tres años siguientes a la causación del derecho o que el mismo se haya hecho exigible**, o radicar la respectiva demanda en ese mismo tiempo, precisando en todo caso que la excepción de prescripción comenzó a correr a partir del 16 de enero de 2015, fecha en que le reconoció pensión por vejez, promovió demanda el 15 de octubre de 2019, concluyendo entonces que dejó transcurrir el límite de 3 años otorgados por la normatividad laboral en comento, lo

que acarrea como consecuencia la configuración del fenómeno prescriptivo establecido en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS.

En tal sentido, se reitera que desde el año 2015, el demandante conoció la situación de su pensión al obtener su reconocimiento y vencido el término trienal con que contaba, efectuó reclamación el 25 de abril de 2019, pretendiendo únicamente la nulidad del traslado, escrito que también fue interpuesto por fuera del termino trienal con que contaba.

Así las cosas, no es procedente declarar la nulidad o ineficacia de traslado como lo pretende el recurrente, pues como ya se ha indicado a pesar de que ciertamente configura las condiciones para ello, lo cierto es que el trámite se encuentra afectado con el fenómeno de prescripción, al tener ya consolidado y reconocido su derecho pensional en el RAIS.

Finalmente, vale la pena precisar que el derecho a la seguridad social es un principio universal consagrado en el artículo 48 de la Carta Política, que busca amparar los riesgos de invalidez, vejez y muerte, por lo que en el presente asunto, al haber sido reconocida la pensión de vejez por parte del RAIS, dicho riesgo ya fue consolidado, y por tanto ya ingresó en el haber del actor, precisando en todo caso que no se hizo de manera obligatoria, sino que por el contrario, su voluntad iba encaminada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por lo que para la Sala no resulta lógico pretender únicamente la nulidad de traslado, sin que por tanto se hubiese pronunciado o pretenda la nulidad del reconocimiento de la prestación que se hizo efectiva a partir del año 2015.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **ABSOLVER** de las pretensiones instauradas por el señor **EDGAR FONSECA TANGARIFE** a las entidades demandadas.

COSTAS

Sin costas en esta instancia**.**

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 20 de mayo de 2022 por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Ponente
(Rad. 11001310502120190069901)

Aclaro voto
LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
(Rad. 11001310502120190069901)

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO
(Rad. 11001310502120190069901)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Edgar Fonseca Tangarife
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**021-2019-00699**-01

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mí consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Así mismo, me aparto de las consideraciones efectuadas por la alta Corporación, en torno a la reparación derivada de los perjuicios causados por el incumplimiento del deber de información en cabeza de las administradoras de pensiones, en los casos en los que, por tratarse de un pensionado, ha advertido que la situación jurídica ya está consolidada y no hay lugar a revertir ese estatus

dejando sin efectos el traslado de régimen, entre otras, en la sentencia CSJ SL373-2021, puesto que, en el mismo sentido en que lo consideró el H. Magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán (q.e.p.d.), en su salvamento y posteriores aclaraciones de voto sobre ese tema específico, considero que resultan impertinentes e inapropiadas tales consideraciones, puesto que se analiza la cuestión asignándole la responsabilidad a la AFP, definiendo la existencia del perjuicio por la cuantía de la prestación, el derecho a la indemnización plena de perjuicios a cargo de la administradora, lo que en verdad deviene en un prejuzgamiento, con la consecuente y evidente violación del derecho al debido proceso.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

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

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

Código de verificación: **507aeb5c18af38ecafb328c1808dca11c3dd177fad68d449195f10966ada5ea1**
Documento generado en 11/09/2022 09:51:50 PM

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Magistrado Sustanciador

Radicación No. 022-2020-00414-01

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

DEMANDANTE: **FLOR ANGELA VARGAS**

DEMANDADO: **COLPENSIONES**
PORVENIR S.A.
PROTECCION S.A.
COLFONDOS S.A.

ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (COLPENSIONES, PORVENIR Y PROTECCIÓN S.A.) // CONSULTA COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, contra de la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de agosto de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La parte demandante y demandada –COLPENSIONES Y PORVENIR, presentaron alegaciones vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 8 de abril de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora FLOR ANGELA VARGAS instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., como aparece a folios 1 a 22 del archivo 01 expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

PRETENSIONES DECLARATIVAS

1. **DECLARAR** la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, el día 18 de noviembre de 1999 a través de la AFP PORVENIR y posteriormente por intermedio de PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., por existir engaño y asalto en su buena fe, induciéndola en error y viciando su consentimiento.

PRETENSIONES CONDENATORIAS

1. **CONDENAR a COLFONDOS** a retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, todos los valores que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos, intereses y rendimientos financieros.

2. **CONDENAR a COLPENSIONES** a activar su afiliación en el régimen que administra.

3. Costas procesales.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

PORVENIR S.A., contesto demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones y proponiendo excepciones de mérito, en igual sentido se pronunció PROTECCION S.A., COLFONDOS S.A. Y COLPENSIONES.

El Juzgado de origen, mediante auto de fecha 28 de julio de 2021, admitió los escritos de contestación radicados por las entidades llamadas a juicio.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 22 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 11 de agosto de 2021, **DECLARÓ LA INEFICACIA** del traslado efectuado por FLOR ANGELA VARGAS, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ocurrido el 18 de noviembre de 1999. **ORDENÓ** a COLFONDOS S.A, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración. **ORDENÓ** a COLFONDOS S.A, PROTECCION S.A Y PORVENIR S.A a remitir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES –, los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la afiliación de la demandante a ese fondo. **DECLARÓ NO PROBADA** las excepciones propuestas por las demandadas y **CONDENÓ** en costas a las demandadas COLFONDOS S.A, PROTECCION S.A Y PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada –COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.** interpusieron recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia así:

PORVENIR S.A. alego en síntesis que no se acreditó causal alguna para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, por el contrario, considera que del material probatorio allegado al expediente se podía corroborar que velo y respeto la libre escogencia de régimen. Que el formulario suscrito por la afiliada se presume autentico, sumado a que no fue tachado de falso. Aseguró que el único documento exigido para la época de vinculación era el formulario como expresión de la voluntad, que además la asegurada realizó aportes y actos de relacionamientos, que daban a entender su decisión de permanecer en el RAIS, más cuando efectuó traslados horizontales. Así mismo enunció que la misma demandante acepto haber recibido información, ya que hablo sobre la creación de una cuenta de ahorro individual, de unos rendimientos y bonos pensionales. Adujo que la información se impartió de manera verbal, razón por la cual no cuenta con documento que diera certeza de dicha situación. Finalmente adujo que no está en la obligación de hacer devolución de los gastos de administración, ya que no hacen parte, ni financian la pensión y de acceder a ello se convertiría en un enriquecimiento ilícito a favor de la accionante.

Entre tanto **PROTECCIÓN S.A.** mostró su inconformidad frente a la condena por gastos de administración, indicando que se trata de descuentos autorizados por la legislación colombiana, además que los mismos se efectúan en los dos regímenes pensionales existentes y por lo tanto no financian la pensión. Igualmente, preciso que los mencionados gastos no hacen parte de la cuenta de ahorro, más si se tiene que los mismos fueron trasladados al nuevo fondo al que se vinculó la asegurada. Que acceder a esta suplica, constituiría un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante, como de Colpensiones, y unos perjuicios en su contra ya que tendría que responder de su propio patrimonio.

Finalmente**, COLPENSIONES** manifestó no se cumplió con el principio de solidaridad para acceder al traslado solicitado, así mismo enuncio que la jurisprudencia citada por el Juzgado Primigenio para declarar la ineficacia, habla sobre la falta de información por parte de los fondos privados, situación que alego la afiliada, sino su inconformidad se basó en la cuantía de la mesada pensional. Por ultimo indicó que no tuvo injerencia en la afiliación que realizó la demandante en el RAIS.

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar**: 1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A., efectuado por la señora FLOR ANGELA VARGAS el día 18 de noviembre de 1999; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP, PORVENIR S.A. PROTECCIÓN S.A., y COLFONDOS S.A. devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a COLPENSIONES, y consecuencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP PORVENIR S.A el 18 de noviembre de 1999, y posteriormente se vinculó a la AFP COLFONDOS, lo que ocurrió el 17 de mayo de 2002, seguidamente firmó formulario de vinculación a PROTECCION

-25 de noviembre de 2005- y finalmente retorno a Colfondos S.A *-25 de enero de 2007- .*

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas, a las cuales debemos acogernos los jueces de inferior jerarquía, como somos los operadores judiciales de tribunales y juzgados, a no ser que podamos apartarnos por razones válidas, tanto en lo jurídico como en lo jurisprudencial, que sustenten nuestro rechazo al precedente.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994.Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado, pero siempre en forma progresiva a favor de los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, y merecen especial protección, especialmente frente a

conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así lo ha establecido en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS mediante la expedición de las Sentencias SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020, SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021.

3-Finalmente, ha de traer a colación las decenas de sentencias de tutela emanadas por nuestro órgano de cierre, entre otras Rad. 57158 del 15 de abril de 2020, en casos similares al que hoy nos ocupa, en donde se resaltó el desconocimiento del precedente establecido por el máximo Tribunal, y por dicha vía lesionaba derechos fundamentales a la Seguridad Social, al mínimo vital y a la igualdad, desatendiendo los pronunciamientos que la H. Corte ha proferido en casos que guardan identidad fáctica con la demandante, y en su lugar exhortó a la Sala Laboral de éste Tribunal para que se acate el precedente judicial emanado por el órgano de cierre, y de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable en forma obligatoria por los operadores judiciales lo siguiente:

1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **COLPENSIONES aportó:** expediente administrativo. **AFP COLFONDOS,** allegó: formulario de afiliación de fecha 25 de enero de 2007, historial de vinculaciones, comunicados de prensa, poder general y certificado de existencia y representación legal. Mientras la **AFP PROTECCIÓN aportó:** Formulario de afiliación a PROTECCIÓN de fecha 25 de noviembre de 2005, constancia de traslado de aporte a COLFONDOS S.A., historial de vinculaciones, respuesta a petición, reporte estado de cuenta, concepto emitido por la Superintendencia financiera, comunicado de prensa; y finalmente **a PORVENIR S.A**., incorporó**:** historial de vinculaciones, formulario de afiliación suscrito el 18 de noviembre de 1999, relación de aportes,

comunicados de prensa, concepto elaborado por la Superintendencia de financiera, poder general y certificado de existencia y representación legal.

De lo anterior, se concluye que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 18 de noviembre de 1999, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, sin soporte alguno, no allegan si quiera la hoja de vida del funcionario, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 18 de noviembre de 1999, la demandante tenía 197.14 semanas (cuaderno de anexos-expediente digital). Así mismo, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 26 años (nació el 2 de octubre de 1967 – Archivo 01 del expediente digital) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM en el año 2024, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años y para tener una mesada pensional

siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los apelantes, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP PORVENIR S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 18 de noviembre de 1999, la cual la llevó a tomar la decisión de

trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que PORVENIR S.A. no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

> *"Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021,* ***los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen,*** *precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad."*

Ahora bien, en relación a que sobre la demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

> *(…) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (…)"*

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demostraba, que sí conocía las características de los regímenes pensionales, y que por ende se puede validar que sí recibió la información, además que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales surgió con posterioridad y que no se prueban vicios del consentimiento, se trae a colación la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021:

(…) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.° 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(…)

En tal sentido, a ello sumado por lo manifestado por la demandada, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

"(…) 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.

"(…) 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 y CSJ SL4989-2018, 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."

Del mismo modo, frente al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se hace necesaria la orden de reintegro de la totalidad de las cotizaciones en favor de esta entidad de seguridad social. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

"(…) 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.***

Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de ***ordenar a la***

> ***Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos****, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)*

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora FLOR ANGELA VARGAS del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP PORVENIR S.A., el 18 de noviembre de 1999.

GASTOS DE ADMINISTRACIÓN.

Respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A., en cuanto a que cada una de las administradoras a las que estuvo afiliado la actora, debe realizar devolución de gastos de administración, se trae a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó: *“Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-*

2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019).", despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por PROTECCION Y PORVENIR S.A..

Por lo anterior, en nada erró el Juez de Primera instancia en condenar a **PORVENIR S.A. COLFONDOS S.A., y PROTECCIÓN S.A**. a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades a **COLPENSIONES,** y generados durante el lapso en el que la accionante estuvo afiliada a las mencionadas AFP.

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se DECLARARÁ NO PROBADO, este medio exceptivo.

COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:

Por resultar desfavorable el recurso de las apelantes AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES, habrá lugar a condenarlas en costas en esta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cada una de las recurrentes, y a favor de la parte actora que se incluirían en la liquidación de costas que efectúe el *A quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

RESUELVE

PRIMERO: **CONFIRMAR** la sentencia proferida el 11 de agosto de 2021, por el Juzgado 22 Laboral el Circuito de Bogotá

SEGUNDO: **COSTAS** en esta instancia a cargo de las demandadas AFP PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma

equivalente a medio (1/2) SMLMV, a cargo de cada una de las apelantes.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente

(Rad. 11001310502220200041401)

Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

(Rad. 11001310502220200041401)

ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

(Rad. 11001310502220200041401)

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Flor Ángela Vargas
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**022-2020-00414-**01

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mí consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE
Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

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

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

Código de verificación: **d2df4a2a6530f012fc56a55634800a30e0e94a50434fdbb38449e516effb8556**

Documento generado en 11/09/2022 09:51:51 PM

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