



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CLAUDIA ISABEL
CARDONA TORRES CONTRA LA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, LA
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTIAS PROTECCION S.A., LA SOCIEDAD
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTIAS PORVENIR S.A. Y SKANDIA
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTIAS S.A LLAMADA EN GARANTIA MAPFRE
COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A**

RADICADO: 11001 3105 010 2020 00114 01

Bogotá D. C., Doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés
(2023).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por el memorialista en el escrito
obrante en el expediente se reconoce al doctor Humberto

Linares Peña, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.117.534.388 y tarjeta profesional No. 399.261 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado de la demandada Colpensiones en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 7 de junio de 2023, en la cual se declaró la ineficacia del traslado y se absolvió a Mapfre tanto de las pretensiones de la demanda como del llamamiento en garantía formulado por Skandia.

El recurso de apelación tiene por objeto que revoque la decisión en el entendido que se no acceda a la ineficacia del traslado.

En esta instancia se allegaron alegatos por los apoderados de la actora, Colpensiones y Porvenir S.A., en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la nulidad del traslado efectuado al RAIS con

Protección S.A., Porvenir S.A. y Old Mutual y como consecuencia de dicha declaratoria se ordenara el retorno de la afiliación al RPM y se le reconociera la pensión de vejez

Sustentó sus pretensiones en que nació el 3 de enero de 1969; que se afilió al RPM con el ISS en el mes de septiembre de 1989; que se traslado al RAIS en el mes de junio de 1994 con la sociedad Colmena hoy Protección S.A.; que los asesores de la administradora pensional no le suministraron la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional y que posteriormente se trasladó a Old Mutual Fondo de pensiones y Cesantías.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, refirió que no eran ciertos otros y que no le constaban los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición radicó en que el traslado de régimen pensional se realizó de manera libre y voluntaria, con pleno conocimiento de las condiciones y consecuencias del traslado, como lo demuestran los medios de prueba documentales allegados, enfatizando en que el asesor del fondo privado suministró en forma clara y precisa la información respecto de los efectos jurídicos que le traería el traslado de régimen. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la afiliación y falta de causa para pedir.

Skandia S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, refirió que no le constaban otros y que

no eran ciertos los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición, radicó en que , la selección de régimen del Sistema General de Pensiones era libre y voluntaria por parte del afiliado, por lo que, en tal sentido, al seleccionar el RAIS la actora aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen, conforme lo establecía la 100 de 1993 y que respecto de la información y asesoría suministrada por SKANDIA al momento de la vinculación de la parte actora, se realizó de conformidad con las normas y condiciones propias del RAIS, teniendo en cuenta que la misma venía afiliada a otra AFP, lo que reiteraba no solo su conocimiento frente al funcionamiento del RAIS sino su deseo de pertenecer a él. Propuso entre otras las excepciones de Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, prescripción y buena fe.

Porvenir S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, refirió que no eran ciertos otros y que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que el traslado de régimen pensional de la demandante al RAIS fue completamente válido y estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, asimismo, indico que no existían razones para declarar la ineficacia o la nulidad del traslado de régimen pensional, ya que el traslado no se dio bajo algún vicio del consentimiento sin que además se pudieran imponer a las AFP obligaciones que no se tenían para el momento en que se efectuaron las afiliaciones, que la actora no realizó ninguna gestión tendiente a informarse sobre su futuro pensional y que la misma no ejerció su derecho al retracto ni optó por

trasladarse de régimen en el momento oportuno, por lo que no era viable su intención de retornar al RPM después de más de 26 años. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Protección S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, refirió que no eran ciertos otros y que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que la afiliación de la demandante a la AFP Protección era válida y eficaz, ya que se dio de manera libre, espontánea y sin presiones precedida de una asesoría adecuada, suficiente y oportuna, a través de la firma del formulario de vinculación el cual cumplía todos los requisitos contenidos en el art. 11 del Decreto 692 de 1994 por lo que no existía razón para que protección trasladara a su afiliada al RPM, ya que no existió vicio del consentimiento ni causal alguna de ineficacia en la configuración de ese acto jurídico. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir, buena fe y prescripción.

Mediante auto del 2 de agosto de 2022, se aceptó el llamamiento en garantía realizado por Skandía S.A. a **Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.**, quien contestó la demanda señalando que los actos de cambio de régimen y de los posteriores traslados horizontales entre AFP se efectuaron atendiendo las regulaciones normativas acerca del derecho a la información sobre el particular regían en las respectivas épocas y que presumían que las demandadas cumplieron a

cabalidad con lo que les correspondía. Propuso entre otras la excepción denominada legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional. En cuanto al llamamiento en garantía manifestó que se oponía al reembolso o el pago de las primas causadas y pagadas durante la vigencia del seguro previsional contratado con mi representada, pues el único objeto de éste estaba regulado en los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, de suerte que en caso de realizarse el riesgo, se imponía para la aseguradora “el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente”, propuso las excepciones de: inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP SKANDIA S.A., prescripción de la acción derivada del contrato de seguro.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 7 de junio de 2023, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia de la vinculación de la demandante señora CLAUDIA ISABEL CARDONA TORRES a FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS COLMENA, mediante la suscripción de afiliación realizada el 10/05/1994 y las subsiguientes afiliaciones realizadas con COLMENA a PROTECCION 13/05/1999; PROTECCION a SKANDIA 15/05/2002; SKANDIA a PORVENIR 20/06/2003; PORVENIR a SKANDIA 09/05/2018, en consecuencia, se declara ineficaz el traslado del RPM al RAIS, se ordena el regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES recibir y restablecer afiliación de la demandante señora CLAUDIA ISABEL CARDONA TORRES al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

TERCERO: CONDENAR a SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A hacer la devolución al régimen de prima media administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de todos las sumas y valores que hubiere recibido con

motivo de la afiliación de la señora CLAUDIA ISABEL CARDONA TORRES, como cotizaciones, frutos e intereses y bonos pensionales si los hubiere como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causados y así mismo a realizar la devolución los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades, y debidamente indexados y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, que le hubiera descontado al demandante durante su vinculación, y deberá entregar a Colpensiones los documentos correspondientes que den cuenta de lo recibido por el COLFONDOS por ciclos, ibc, cotizaciones, rendimientos interés, bonos, y de igual manera la información de las sumas descontadas por gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentajes para garantía de pensión mínima, para que se pueda establecer por esta entidad que la devolución se hace en los términos ordenados en esta sentencia y deberá realizarse la devolución a Colpensiones en el término de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia de conformidad a la parte motiva.

CUARTO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. (antes afp Colmena) a realizar la devolución a Colpensiones de las sumas descontadas al actor señora CLAUDIA ISABEL CARDONA TORRES durante la vinculación a esta administradora por concepto de gastos de administración y primas de seguros previsionales con cargo a sus utilidades y debidamente indexados y la devolución de los porcentajes descontados para garantía de pensión mínima, esta devolución la debe de hacer en el término de 15 días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, con los documentos necesarios para establecer por parte de COLPENSIONES cuales fueron los valores descontados por estos conceptos al actor y que efectivamente se haga la devolución en los términos de esta sentencia de conformidad parte motiva.

QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que de manera inmediata a la ejecutoria de esta sentencia deberá registrar en la historia laboral del demandante para efectos pensionales de Colpensiones las semanas cotizadas durante su vinculación al RAIS una vez ingresen estas sumas de dinero provenientes de las AFP PROTECCION S.A., AFP PORVENIR S.A., AFP SKANDIA S.A.; así mismo debe proceder a revisar que se haya hecho la devolución de conformidad a lo ordenado en esta sentencia, de conformidad a la parte motiva de esta providencia

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.

SEPTIMO: Declarar probada la excepción formulada por la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A denominadas En caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, MAPFRE no se encuentra obligada a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados Frente a llamamiento en garantía, INEXISTENCIA DE DERECHO CONTRACTUAL POR PARTE DE LA AFP SKANDIA S.A. para hacer llamamiento en garantía. En Consecuencia, se ABSUELVE de las pretensiones de la demanda y del llamamiento en garantía realizado por SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

OCTAVO: CONDENAR en costas de esta instancia a AFP PORVENIR S.A., AFP PROTECCION S.A., AFP SKANDIA S.A., COLPENSIONES y a favor del demandante. Por secretaria practíquese la liquidación de costas e inclúyase como agencias en derecho a cargo de AFP PROTECCION la suma de \$

1.100.000 y como agencias enderecho a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. la suma de \$ 350.000 a cada una. Así mismo se condena en costa SKANDIA S.A. a favor de MAFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A liquidense por secretaria incluyas como agencias en derecho \$ 600.00

NOVENO: De no ser apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que en relación al deber de información en la primera fase las obligaciones y el contenido mínimo era brindar información en torno a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, igualmente si existía pérdida de algún beneficio pensional, encontrándose ese deber de información establecido en la normatividad de vieja data, aunado ello, señaló que el formulario de afiliación no puede ser el único elemento de juicio para demostrar el consentimiento informado, que la carga de la prueba sobre ese deber de información estaba en cabeza de las administradoras pensionales y que de las pruebas recaudadas tales como interrogatorio de parte no se logró acreditar el cumplimiento del mismo.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Los apoderados de las demandadas presentaron recurso de apelación sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

El **apoderado de Skandía S.A.**, indicó que no estaba de acuerdo con que se ordenara retornar los conceptos de gastos de administración y primas de seguros debidamente indexados, siendo que respecto de los primeros en atención a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, Skandia descontó los porcentajes correspondientes a cuota de administración para administrar la cuenta de ahorro individual del demandante para garantizarle una rentabilidad y en cuanto a las primas la actora había estado cubierta durante toda la vinculación, resaltándose que en el evento de declarar la ineficacia las cosas volvían al estado anterior, por lo que sería como si nunca se hubiera afiliado y por ende no existiría deber legal para que se suscribiera el contrato de aseguramiento con Mapfre para la cobertura de los riesgos de invalidez y sobrevivencia, por lo que lo lógico sería que ésta devolvieran tales emolumentos. Igualmente, y en el evento en que se confirmara la sentencia reclama que no se ordene la devolución de los emolumentos indexados teniendo en cuenta que hacen parte de las cotizaciones efectuadas por toda la vinculación y porque además se ordeno la devolución de rendimientos.

El **apoderado de Protección S.A.**, solicitó que se revocara la decisión en cuanto ordenó el traslado de los gastos de administración y el seguro previsional, como quiera que los gastos de administración tenían una destinación específica por mandato legal y ya habían sido invertidos mientras que el pago del seguro previsional cumplió con su finalidad que era la de aseguramiento en los riesgos de invalidez, vejez y muerte y se invirtieron conforme a la estructura del RAIS, también

aludió que en caso de confirmarse la sentencia solicitaban no condenar la evolución de los emolumentos indexados, toda vez que se traducía en una doble condena, dado que también se condenó al reintegro de rendimientos.

El **apoderado de Colpensiones**, presentó recurso de apelación manifestando que la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pasaba por alto la realidad del momento de la suscripción del formulario de afiliación, precisando que el alcance de la asesoría suministrada debía valorarse a la fecha de suscripción del formulario sin que fuera razonable imponer obligaciones que no estaban vigentes pues ello afectaba el debido proceso, además que Colpensiones resultaba lesionada con la decisión adoptada en lo que atañe a sostenibilidad financiera del sistema en tanto que existía una prohibición expresa para trasladarse de régimen cuando les faltare 10 años o menos, lo cual tenía su razón de ser para evitar la descapitalización del fondo común. Asimismo, mencionó que en el evento en que se conformara la decisión se mantuviera la condena a todas las AFP respecto a reintegrar todas las cotizaciones recibidas, rendimientos, bonos, seguros previsionales, cuotas de administración y se adicionara la decisión en el entendido en que se condicionara a que Colpensiones no puede dar cumplimiento hasta que las AFP reintegraran los recursos.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia

en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por Colpensiones, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establecen el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del

traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

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

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

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades

vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. 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.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el 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.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de afiliación y/o historial de vinculaciones al Fondo de pensiones Colmena hoy Protección S.A. (10/05/1994), a Protección S.A. (13/05/1999), a Skandia S.A. (15/05/2002), a Porvenir S.A. (20/06/2003) y nuevamente a Skandia S.A. (09/05/2018).

Así las cosas, pese a que obran formulario de afiliación y vinculación a fondo de pensiones en el RAIS y traslado horizontal, estos no resultan suficientes para considerar que el actor recibió el consentimiento informado pues según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora suministró al posible afiliado una mínima información, debe estar claro que se informó acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de

cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto y ello tampoco resultaba factible colegirlo del interrogatorio de parte absuelto por la actora, por lo que resultaba procedente declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la actora inicialmente a Colmena y luego a las posteriores administradoras.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, rendimientos, primas de seguros, sumas adicionales, entre otros, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1688-2019, al indicar en lo pertinente:

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

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

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la sentencia SL2611-2020, expreso:

“Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el término trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento último frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.”

De conformidad con el precedente citado, se tiene que la prescripción resulta inaplicable en asuntos en los que se pretenda la nulidad de traslado de régimen en tanto que sus consecuencias son de tipo declarativo pues atienden al deber de examinar la expectativa del afiliado a recuperar el RPM, además por su nexo de causalidad con un derecho irrenunciable e imprescriptible y por el carácter declarativo de la pretensión principal, en ese orden y como los conceptos cuya devolución se ordena están destinados precisamente a la construcción del derecho pensional del actor tampoco se ven afectados por esta figura.

Ahora bien, debe señalarse que Mapfre fue vinculada al proceso como llamada en garantía, figura que persigue que cuando se afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización que llegare a sufrir o el reembolso total

o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, de conformidad con lo expuesto en el artículo 64 del CGP, no obstante, ello no comprende la declaración de existencia o inexistencia de los contratos celebrados entre el llamante y llamado.

Adicionalmente, no puede pasarse por alto que el llamamiento se funda en el contrato de seguro, el cual a su turno se encuentra definido por las condiciones de la póliza suscrita entre las partes, verificadas las mismas no se aprecia que dentro de los riesgos asumidos se encuentre el de devolver las primas en caso de ineficacia del traslado del régimen, razones suficientes para desestimar el llamamiento reclamado.

En cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión de reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1055-2022, así lo dispuso.

Finalmente, debe anotarse que se modificara el numeral 5 de la decisión por cuanto a Colpensiones solo le será posible actualizar la historia laboral cuando se haya realizado efectivamente la orden impartida en la presente sentencia, y se tenga la totalidad de información y recursos de la demandante en el régimen de prima media.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 5° de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 16 de junio de 2023, en el entendido que Colpensiones procederá a efectuar la actualización de la historia laboral una vez se haya realizado efectivamente la orden impartida en la presente sentencia y se tenga la totalidad de información y recursos de la demandante en el régimen de prima media, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR BERENICE VILLES CAZ MORALES CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. LLAMADA EN GARANTIA MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

RADICADO: 11001 3105 031 2022 00185 01

Bogotá D. C., Doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la doctora Marcela

Patricia Ceballos Osorios, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.075.227.003 y tarjeta profesional No. 214.303 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado principal de la demandada Colpensiones en los términos y para los fines señalados en el poder conferido. Igualmente, se reconoce a la doctora Amalia Loaiza identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.117.532.254 y tarjeta profesional No. 384.062 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado sustituto de la demandada Colpensiones.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de junio de 2023, en la cual se declaró la ineficacia del traslado y se absolvió a Mapfre tanto de las pretensiones de la demanda como del llamamiento en garantía formulado por Skandia.

El recurso de apelación tiene por objeto de un lado que revoque la decisión en el entendido que se no acceda a la ineficacia del traslado y de otro que se revoquen las condenas efectuadas.

En esta instancia se allegaron alegatos por los apoderados de las partes, en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la ineficacia de la afiliación realizada al RAIS con la AFP Horizonte, Colfondos, Skandia, Porvenir, Skandia y como consecuencia de dicha declaratoria se condene a las AFP demandadas a devolver o trasladar las cotizaciones o aportes por pensión de mi poderdante que fueron recibidas, con los rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, así mismo, se condene a Colpensiones a recibirla en el RPM como si nunca se hubiere trasladado ordenando su regreso automático, al pago de las costas procesales y agencias en derecho y a lo que resultare probado ultra y extra petita.

Sustentó sus pretensiones en que nació el 4 de julio de 1966; que se afilió al Sistema General de Pensiones en diciembre de 1987 con el ISS; que se trasladó al RAIS en el año de 1995, con la AFP Horizonte hoy Protección S.A.; que posteriormente realizó varios cambios de AFP y que los asesores de las administradoras pensionales no le suministraron la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, refirió que no eran ciertos otros y que no le constaban los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición radicó en que la afiliación a las AFP cumplía con los presupuestos legales para su existencia y no infringían las normas, por lo que no procedía la declaratoria de nulidad y no puede haber regreso automático al RPM, adicionalmente, se alude que la parte demandante no probó causal alguna relacionada con que la afiliación a las AFP fuera nula. Propuso entre otras las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho a regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y buena fe.

Skandia S.A. contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, refirió que no eran ciertos otros y que no le constaban los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición radicó en que no era posible declarar la nulidad de la afiliación efectuada al RAIS, dado que el traslado de Fondo se realizó siguiendo cada uno de los lineamientos del ordenamiento jurídico colombiano y proporcionándose toda la información para que se tomara la decisión consiente de afiliarse, señalando particularmente que la afiliación a Skandia se efectuó con un conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes de éste régimen pensional (por haberse afiliado en 5 oportunidades anteriores a otras AFP), por lo tanto la asesoría en el caso particular, se tornaba más en una reafirmación de los argumentos dado que la única diferencia es que se podría registrar entre las mismas y SKANDIA, se

relaciona con la rentabilidad, toda vez que entre administradoras del mismo régimen se manejan rentabilidades variadas. Propuso las excepciones de prescripción del porcentaje de gastos de administración, buena fe y genérica.

Colfondos S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones que involucraran a su representada, aceptó algunos hechos, refirió que no eran ciertos otros y que no le constaban los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición radicó en que si brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoro acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPM, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, aludiendo además que no era procedente la nulidad contemplada en los artículos los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, siendo que la demandante fue quien suscribió el formulario de vinculación. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe prescripción, pago y compensación.

Porvenir S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que el traslado al RAIS fue completamente válido, ya que este estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información

pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega aquí es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad, destacando que su representada no sólo aceptó los aportes realizados, sino que, además se encargó de administrarlo de manera efectiva, lo que acarreo la generación de rendimientos económicos, por lo que pretender la devolución de los gastos de administración y de rendimientos económicos suponía que a pesar de solicitar la ineficacia de la afiliación, sí se quería dejar en firme lo que durante la afiliación se generó. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Mediante auto del 3 de agosto de 2022, se admitió el llamamiento en garantía, realizado por Skandia respecto de **Mapfre Colombia Vida Seguros S.A.**, quien contestó la demanda señalando que los actos de cambio de régimen y de los posteriores traslados horizontales entre AFP se efectuaron atendiendo las regulaciones normativas acerca del derecho a la información sobre el particular regían en las respectivas épocas y que presumían que las demandadas cumplieron a cabalidad con lo que les correspondía. Propuso entre otras la excepción denominada legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional.

En cuanto al llamamiento en garantía manifestó que se oponía al reembolso o el pago de las primas causadas y pagadas durante la vigencia del seguro previsional contratado

con mi representada, pues el único objeto de éste estaba regulado en los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, de suerte que en caso de realizarse el riesgo, se imponía para la aseguradora “el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente”, propuso las excepciones de: inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP SKANDIA S.A., prescripción de la acción derivada del contrato de seguro.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de junio de 2023, el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado régimen realizado por BERENICE VILLES CAZ MORALES, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, teniéndola como válidamente afiliada en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiese trasladado de régimen.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SKANDIA hoy OLD MUTUAL a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la totalidad de sumas de dinero que recibió por concepto de capital ahorrado por la demandante junto con los rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración y valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima.

TERCERO: CONDENAR a SKANDIA hoy OLD MUTUAL a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES las sumas de dinero que descontó de lo aportado por la demandante por concepto de comisiones, gastos de administración y valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima durante los dos periodos que estuvo afiliada: 29 de Julio del año 2013 al 20 de noviembre del año 2014, 25 de Julio del año 2019 a la fecha, debidamente indexados.

CUARTO: CONDENAR a PORVENIR a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES las comisiones, gastos de administración y valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, que descontó de lo cotizado por la demandante, debidamente indexado, durante los dos periodos que estuvo afiliada a PORVENIR: 28 de febrero de 1995 al 11 de noviembre del año 2000, 20 de noviembre del año 2014 al 25 de Julio del año 2019.

QUINTO: CONDENAR a COLFONDOS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la totalidad de sumas de dinero que descontó de lo ahorrado por la demandante por concepto de comisiones, gastos de administración y valores utilizados en seguros

previsionales y garantía de pensión mínima, debidamente indexados, durante los periodos en los que estuvo afiliada a COLFONDOS: 11 de noviembre del año 2000 al 29 de julio del año 2013.

SEXTO: CONDENAR a PORVENIR, COLFONDOS y SKANDIA hoy OLD MUTUAL al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de la demandante.

SÉPTIMO: CONDENAR a SKANDIA OLD MUTUAL al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de la llamada en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros SA.

OCTAVO: ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante a Mapfre Colombia Vida Seguros SA y de las pretensiones del llamamiento en garantía.

NOVENO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir a la demandante en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese traslado de régimen.

DÉCIMO: Como quiera que la presente sentencia fue adversa a COLPENSIONES, se concede el grado jurisdiccional de consulta en el evento en que la sentencia no sea apelada por COLPENSIONES.”

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que en relación al deber de información en la primera fase las obligaciones y el contenido mínimo era brindar información en torno a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, igualmente si existía pérdida de algún beneficio pensional, encontrándose ese deber de información establecido en la normatividad de vieja data, aunado ello, señaló que el formulario de afiliación no puede ser el único elemento de juicio para demostrar el consentimiento informado, que la carga de la prueba sobre ese deber de información estaba en cabeza de las administradoras pensionales y que de las pruebas recaudadas tales como interrogatorio de parte no se logró acreditar el cumplimiento del mismo.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Los apoderados de las demandadas presentaron recurso de apelación sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

La **apoderada de Colpensiones**, presentó recurso de apelación manifestando que la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen pasaba por alto la realidad del momento de la suscripción del formulario de afiliación, precisando que el alcance de la asesoría suministrada debía valorarse a la fecha de suscripción del formulario, además señaló que Colpensiones resultaba lesionada con la decisión adoptada en lo que atañe a sostenibilidad financiera del sistema en tanto que existía una prohibición expresa para trasladarse de régimen cuando les faltare 10 años o menos y tampoco la actora contaba con 15 años de servicios o cotizaciones al 1° de abril de 1994. Asimismo, mencionó que en el evento en que se conformara la decisión se mantuviera la condena a todas las AFP respecto a reintegrar todas las cotizaciones recibidas, rendimientos, bonos, seguros previsionales, cuotas de administración y se adicionara la decisión en el entendido en que se condicionara a que Colpensiones no puede dar cumplimiento hasta que las AFP reintegraran los recursos.

El **apoderado de Porvenir S.A.**, indicó que debían revocarse las condenas impuestas en contra de su representada en la medida en que para el momento en que la actora decidió trasladarse a horizonte en el año 1995, no se exigía una información en los términos señalados en el fallo, y que con independencia a la información que le pudo ser suministrada al momento de los traslados horizontales efectuados, la actora tenía las condiciones para conocer las ventajas y desventajas del RAIS frente al RPM amparada por la Ley 100 del año 1993, tampoco se podían desconocer las contradicciones advertidas en el interrogatorio de parte incluso en el libelo introductorio y que los múltiples traslados horizontales convalido su voluntad de permanencia en el RAIS. Finalmente, aludió ante la condena de la devolución de los gastos de administración, cualquier tipo de comisión, o suma de seguro previsional o destinado a garantía de pensión, que estos valores fueron debidamente invertidos en la forma en la que lo exigía la ley y no se encontraban en el poder de porvenir y en lo relativo a la condena de los emolumentos indexados debía tenerse en cuenta que se estaría incurriendo en una doble condena.

La **apoderado de Colfondos**, solicitó que se revocara la decisión y se absolviera de la condena por gastos de administración, seguro previsional y porcentaje al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, pues aduce que dichas sumas de dinero fueron descontadas por autorización legal y podría generarse un enriquecimiento sin justa causa a la parte actora y en cuanto a la indexación le parecía excesiva tal imposición siendo que con el traslado de

los rendimientos se compensaría la depreciación del poder adquisitivo de los recursos objeto de transferencia a Colpensiones.

La **apoderada de Skandía S.A.**, indicó que no estaba de acuerdo con que se ordenara retornar los conceptos de gastos de administración y primas de seguros debidamente indexados, siendo que respecto de los primeros en atención a lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, Skandia descontó los porcentajes correspondientes a cuota de administración para administrar la cuenta de ahorro individual del demandante para garantizarle una rentabilidad y en cuanto a las primas la actora había estado cubierta durante toda la vinculación, resaltándose que en el evento de declarar la ineficacia las cosas volvían al estado anterior, por lo que sería como si nunca se hubiera afiliado y por ende no existiría deber legal para que se suscribiera el contrato de aseguramiento para la cobertura de los riesgos de invalidez y sobrevivencia, por lo que la condena debería ser redireccionada a Mapfre.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió

incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por Colpensiones, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establecen el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

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

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

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

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su

*objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. 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.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el 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.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de afiliación y/o historial de vinculaciones al Fondo de pensiones Horizonte hoy Porvenir S.A. (28/02/1995), a Colfondos S.A. (11/01/2000), a Skandia (29/07/2013), a Porvenir S.A. (20/11/2014) y nuevamente a Skandia S.A. hoy (25/07/2019).

Así las cosas, pese a que obran formulario de afiliación y vinculación a fondo de pensiones en el RAIS y traslados horizontales, estos no resultan suficientes para considerar que el actor recibió el consentimiento informado pues según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora suministró al posible afiliado una mínima información, debe estar claro que se informó acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto y ello tampoco resultaba factible colegirlo del interrogatorio de parte absuelto por la actora, por lo que

resultaba procedente declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la actora inicialmente a Colmena y luego a las posteriores administradoras.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, rendimientos, primas de seguros, sumas adicionales, entre otros, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1688-2019, al indicar en lo pertinente:

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

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

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la sentencia SL2611-2020, expreso:

"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el término trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del

afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento último frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.”

De conformidad con el precedente citado, se tiene que la prescripción resulta inaplicable en asuntos en los que se pretenda la nulidad de traslado de régimen en tanto que sus consecuencias son de tipo declarativo pues atienden al deber de examinar la expectativa del afiliado a recuperar el RPM, además por su nexo de causalidad con un derecho irrenunciable e imprescriptible y por el carácter declarativo de la pretensión principal, en ese orden y como los conceptos cuya devolución se ordena están destinados precisamente a la construcción del derecho pensional del actor tampoco se ven afectados por esta figura.

Ahora bien, debe señalarse que Mapfre fue vinculada al proceso como llamada en garantía, figura que persigue que cuando se afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, de conformidad con lo expuesto en el artículo 64 del CGP, no obstante, ello no comprende la declaración de

existencia o inexistencia de los contratos celebrados entre el llamante y llamado.

Adicionalmente, no puede pasarse por alto que el llamamiento se funda en el contrato de seguro, el cual a su turno se encuentra definido por las condiciones de la póliza suscrita entre las partes, verificadas las mismas no se aprecia que dentro de los riesgos asumidos se encuentre el de devolver las primas en caso de ineficacia del traslado del régimen, razones suficientes para desestimar el llamamiento reclamado.

Finalmente, en cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1055-2022, así lo dispuso

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 16 de junio de 2023, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARCELA DEL
PILAR TORRENTE JARAMILLO CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDO DE
PENSIONES Y CESANTIAS SKANDIA S.A., y
ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y
CESANTIAS PORVENIR S.A**

RADICADO: 11001 3105 012 2021 00022 01

Bogotá D. C., Doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés
(2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de junio de 2023 y a revisar la

misma en grado jurisdiccional de consulta, en la que se declaró la ineficacia del traslado.

El recurso de apelación tiene por objeto que se revoque la decisión, esto es, de la declaratoria de ineficacia del traslado y se absuelva a las demandadas de las condenas que les fueron impuestas.

En esta instancia se allegaron alegatos por los apoderados de las partes, en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la nulidad de la afiliación que realizó al RAIS con Porvenir S.A. y como consecuencia de ello se condenara a Skandia a restituir a Colpensiones todos los valores obtenidos como cotizaciones, bonos pensionales y los rendimientos que se hubieren causado y a Colpensiones a recibirla como afiliada junto con los valores obtenidos en el RAIS, a lo que resultare probado ultra y extra petita y a las costas del proceso. Subdiariamente, se solicitó la ineficacia del traslado.

Sustentó sus pretensiones, en que estuvo afiliada al ISS desde junio de 1990 hasta junio de 1994; que Horizonte hoy Porvenir S.A., la afilió a dicho fondo con efectividad del 1° de julio de 1994; que los asesores de la administradora pensional, no le suministraron la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional; que se

encuentra vinculada y cotizando para pensión de vejez con SKANDIA S.A.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Skandia, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, refirió que no eran ciertos otros y que no le constaban los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición radicó en que no se oponía ni allanan en cuanto a la pretensión relacionada con la nulidad – ineficacia por cuanto se dirigían a una persona jurídica diferente a su representada y que en lo que tenía que ver con su representada se oponía siendo que la afiliación se realizó dentro del marco legal vigente para tal fecha y conforme a los postulados de buena fe. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe y genérica.

Porvenir S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, negó algunos hechos y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición, radicó en que la afiliación de la parte demandante con Colpatria S.A., se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación documento público - en el que se observaba la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presumía auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el párrafo del artículo 54 A del CPT, que siempre se le garantizó el derecho de retracto a

la parte actora, que en todo caso, el vicio del consentimiento derivaba en una nulidad relativa susceptible de saneamiento mediante ratificación (1741 CC) y Tampoco procedía la ineficacia a que se refería el artículo 271 de la ley 100 de 1993, pues operaba frente a actos que impidieran o atentara contra el derecho de afiliación al sistema y que sin perjuicio de lo ya mencionado a la actora le aplicaba aplica la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica.

Mediante auto del 21 de julio de 2021, se tuvo por no contestada la demanda por parte de Colpensiones

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 13 de junio de 2023, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizada por la señora MARCELA DEL PILAR TORRENTE JARAMILLO identificada con C.C. No. 32.721.966 del régimen de prima media con prestación definida administrador por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. el 21 de junio de 1994, junto con el realizado a SKANDIA S.A. el 3 de febrero de 2003 conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la señora MARCELA DEL PILAR TORRENTE JARAMILLO al régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARCELA DEL PILAR TORRENTE JARAMILO tales como cotizaciones

CUARTO: CONDENAR a SKANDIA S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARCELA DEL PILAR TORRENTE JARAMILLO tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones,

rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez y gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C. y demás rubros que posea la demandante en su cuenta de ahorro individual, debidamente indexados; conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: *CONDENAR a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, lo relativo a gastos de administración, comisiones y seguros previsionales que le fueron descontados a la demandante, durante el tiempo que permaneció afiliada a esta, debidamente indexados de acuerdo a lo decidido.*

SEXTO: *DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.*

SÉPTIMO: *CONDENAR en costas de esta instancia a PORVENIR, SKANDIA S.A. y COLPENSIONES a favor de la demandante. Por secretaria practíquense la liquidación de costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una.*

OCTAVO: *En caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.*

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que en relación al deber de información en la primera fase las obligaciones y el contenido mínimo era brindar información en torno a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, igualmente si existía pérdida de algún beneficio pensional, encontrándose ese deber de información establecido en la normatividad de vieja data, aunado ello, señaló que el formulario de afiliación no puede ser el único elemento de juicio para demostrar el consentimiento informado, que la carga de la prueba sobre ese deber de información estaba en cabeza de las administradoras pensionales y que de las pruebas recaudadas tales como interrogatorio de parte no se logró acreditar el cumplimiento del mismo.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Los apoderados de las demandadas presentaron recurso de apelación sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

El apoderado de **SKANDIA S.A.**, indicó que se apartaba de la decisión y que en su lugar debió tenerse en cuenta los postulados expuestos por el Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia emitida el 31 de marzo del año 2022, por el doctor Rafael Moreno Vargas, en donde indicó que no le era dable al Juez modificar los hechos de la demanda, como ocurrió en este caso siendo que la demanda no se presentó contra Colpatria, pese a ello, la juez de primera instancia manifestó que era un hecho notorio que Colpatria paso horizontes y horizonte pasó a Porvenir, siendo carga de la demandante indicar la administradora con la que se trasladó al RAIS.

De otra parte, también trae a colación sentencia del 31 de marzo de 2023, expedida por esta corporación con ponencia del doctor Hugo Ríos, en donde como no se pudo acreditar que las administradoras participaron en el traslado no fueron condenadas, situación que también se presentaba en este asunto dado que fueron sus empleadores (banco Colpatria y banco Pichincha) quienes obligaron a la actora a efectuar el traslado como se indicó en la confesión efectuada por el demandante en el interrogatorio de parte absuelto, supuestos fácticos que se desconocían y por ende vulneraban su derecho a la defensa siendo que esta información no se expuso en la demanda, razón por la cual como las administradoras no participaron no habría lugar a condenarlas.

Finalmente, alude que en el evento en que se llegara a confirmar la sentencia debía revocarse la condena impuesta en el numeral 3° indexadas siendo que los traslados de recursos entre regímenes estaba regulado en el Decreto 3925 del año 2008 y allí no se establecía que debía efectuarse sobre gastos de administración los que además tenían una destinación específica y en lo relacionado con la indexación debía tenerse en cuenta que esta no había sido solicitada en la demanda, además debía tenerse en cuenta que se había ordenado la devolución de los rendimientos y con ello se compensaba la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

El apoderado de **Porvenir S.A.**, indicó que no estaba de acuerdo con la decisión pues a pesar de que se hubiese señalado dentro de la confesión efectuada por el actor que fue el empleador quien le impuso la obligación de trasladarse y si bien el deber de información debía estar en cabeza de los fondos de pensiones, lo cierto es que la administradora no participó en el traslado y tampoco existía alguna obligación del fondo de dejar algún tipo de evidencia de la información que se suministró ni de efectuar alguna proyección pensional, adicionalmente aludió que aunque el empleador fue quien la obligó a trasladarse ello no obstaba para que los afiliados tuvieran unas obligaciones relacionadas con su futuro pensional, sin que el actor durante más de 20 años de afiliación al RAIS elevara alguna petición, recibiendo los extractos y reafirmando con ello su permanencia en el régimen, especialmente cuando la única razón porque se

quería retornar era por la omisión en el deber de información sino a la diferencia económica en la prestación.

Adicionalmente, aludió que la decisión no era consonante con los hechos de la demanda y las contestaciones siendo que se aluden fondos diferentes a los expuestos en la demanda, asimismo, señaló frente a la indexación que la misma no tenía cabida pues se generaron rendimientos los que incluso superaron los aportes pensionales además que esta solo se generaba por mora en cabeza del deudor la cual en este caso no existía

El **apoderado de Colpensiones**, señaló por su parte que en la decisión se pasó por alto que para la fecha del traslado la aceptación expresa, espontánea, libre y voluntaria se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, lo cual se cumplió a plenitud conforme se evidenciaba de lo expuesto en el interrogatorio de parte, sin que para la fecha de suscripción del formulario además existiera obligación de doble asesoría, que además debía tenerse en cuenta que las razones del traslado la demandante las expresó de forma clara en el interrogatorio de parte rendido lo que no evidenciaba responsabilidad en las administradoras, además que en esa misma declaración expuso las intenciones por las que quería hacer un cambio de régimen 20 años después cuando ya se estaba dentro de la prohibición expresa para que al afiliado no pudiera cambiarse de régimen ya que se generaría un desequilibrio patrimonial.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por Colpensiones, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han

ocupado del tema, establecen el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

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

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

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

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

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

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. 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.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el 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.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formularios de afiliación y/o historial de vinculaciones expedido por Asofondos así: a Colpatria el 21 de junio de 1994, a Horizonte el 29 de septiembre de 2000 (fl. 64 archivo 06 del expediente digital) y finalmente a Skandia S.A., el 13 de febrero de 2003 (fl. 37 del archivo 05 expediente digital), sobre el particular debe anotarse que aunque no indicó expresamente en los hechos que la vinculación inicial fue con Colpatria sino que se predica respecto de Porvenir S.A. anotándose que la afiliación fue con horizonte, lo cierto es que como se expuso por el a quo, la fusión entre Colpatria - Horizonte (2000) “BBVA Horizonte” y luego entre BBVA Horizonte y Porvenir S.A. (2013) “Porvenir S.A.” se trató de un

hecho notorio y ello en modo alguno modifica los hechos de la demanda puesto que se endilgo respecto de quien hoy tiene existencia, es decir, Porvenir S.A.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación y vinculación a fondo de pensiones en el RAIS y traslado horizontal, estos no resultan suficientes para considerar que la actora recibió el consentimiento informado pues según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora suministró al posible afiliado una mínima información, debe estar claro que se informó acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto y ello tampoco resultaba factible colegirlo de lo expuesto en el interrogatorio de parte absuelto por la actora, pues el hecho que el traslado se hubiese efectuado por sus empleadores, no elimina la obligación que tenía el fondo de garantizar el consentimiento informado por el contrario ratifica el incumplimiento al mismo, resultando procedente declarar la ineficacia de la afiliación realizada por el actor a Porvenir S.A. y posteriormente a Skandia S.A., tal como se señaló por el a quo.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, rendimientos, primas de seguros, sumas adicionales, entre otros, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las

administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1688-2019, al indicar en lo pertinente:

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

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

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la sentencia SL2611-2020, expreso:

"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el término trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento último frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741."

De conformidad con el precedente citado, se tiene que la prescripción resulta inaplicable en asuntos en los que se pretenda la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen en tanto que sus consecuencias son de tipo declarativo pues atienden al deber de examinar la expectativa del afiliado a recuperar el RPM, además por su nexo de causalidad con un derecho irrenunciable e imprescriptible y por el carácter declarativo de la pretensión principal, en ese orden y como los conceptos cuya devolución se ordena están destinados precisamente a la construcción del derecho pensional del actor tampoco se ven afectados por esta figura.

En cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1055-2022, así lo dispuso.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha

13 de junio de 2023, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSEY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JAIRO HERBER
ESQUIVEL RAMOS CONTRA BANCO AGRARIO DE
COLOMBIA Y MINISTERIO DE AGRICULTURA Y
DESARROLLO RURAL**

RADICADO: 11001 3105 023 2020 00364 01

Bogotá D. C., Doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés
(2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado del demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de noviembre de 2021. La sentencia de primera instancia absolvió de todas las pretensiones formuladas.

El recurso de apelación tiene por objeto que se revoque la decisión y se acceda a la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo junto con el pago de todas las acreencias e indemnizaciones reclamadas.

En esta instancia se allegaron alegatos por los apoderados del Banco Agrario de Colombia y por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se declarara que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido con una vigencia desde el 29 de enero de 2010 hasta el 29 de julio de 2019, así como, se declarara la ineficacia de la terminación del contrato realizada el 28 de enero de 2019, dado que el contrato de trabajo se prorrogó por el término de 6 meses hasta el 29 de julio de 2019, en consecuencia, se condenara a la demandada al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes al SGSS hasta el 29 de julio de 2019, al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales, a la indemnización moratoria por no pago y consignación de cesantías correspondiente a la totalidad de la vigencia de la relación laboral, a la indemnización por despido injusto en la modalidad de plazo determinado cancelando los salarios causados hasta el 29 de julio de 2019 prevista en el Artículo 51 del Decreto 2127 de

1945, a lo que resultare probado ultra y extra petita y al pago de costas y agencias en derecho.

Sustentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que el 29 de enero de 2010, suscribió contrato de trabajo con el Banco Agrario de Colombia; que el cargo que desempeñó fue el de Gerente Nacional y devengó como salario la suma de \$16.219.000; que el 28 de julio de 2011, suscribieron otrosí modificando la duración del contrato celebrado pactándolo a término indefinido a partir del 29 de julio de 2011, fecha a partir de la cual se contabilizarían los 6 meses del plazo presuntivo; que el 11 de enero de 2019, se le informó por la vicepresidencia de Gestión Humana que el contrato por plazo fijo terminaría el 28 de enero de 2019; que laboró el 28 de enero de 2019, por lo que el contrato se prorrogó por 6 meses adicionales ya que el vencimiento era el 27 de enero de 2019 y se causaron todos los derechos laborales hasta el 28 de julio de 2019 y que agoto los requisitos de reclamación ante el Banco Agrario el 16 de julio de 2020 y ante el Ministerio de Agricultura el 30 de septiembre de 2020.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **Banco Agrario de Colombia**, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que lo que existió entre las partes fue un contrato individual de trabajo a término indefinido con plazo presuntivo por periodos de 6 meses, en

aplicación de la presunción establecida por el legislador en el artículo 2° de la Ley 64 de 1946, que modificó el artículo 8° de la Ley 6 de 1945 y en consecuencia se terminó al vencer este término presuntivo, igualmente, aludió que al demandante se le pagaron todos los conceptos laborales durante la vigencia de la relación laboral y a la terminación de esta, aunado a que la terminación del contrato de trabajo del demandante obedeció a una causal legal y objetiva establecida en la normatividad que regula las relaciones laborales de los trabajadores oficiales además explicó que la terminación del contrato de trabajo no se equiparaba a un despido, en vista a que el vínculo laboral finalizó no por una decisión unilateral del empleador sino por uno de los modos legales de terminación del contrato de trabajo previstos por el legislador, como lo era el cumplimiento del plazo presuntivo, que como consecuencia no generaba reparación de perjuicios a cargo de ninguna de las partes contratantes.

La **Nación – Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural**, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que tal cartera ministerial no fue empleador del actor, pues según el mismo demandante, fue contratado por la entidad Banco Agrario De Colombia y prestaba sus servicios directamente a esa entidad, por tanto, todos los emolumentos solicitados por el actor, no recaían sobre este. Propuso las excepciones que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la relación laboral, cobro de lo no

debido por inexistencia de la obligación, innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 3 de noviembre de 2021., el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

PRIMERO: *ABSOLVER al BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A. y a la demandada solidaria LA NACIÓN -Ñ MINISTERIO DE AGRICULTURA y DESARROLLO RURAL, de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el señor JAIRO HERVER ESQUIVEL RAMOS, conforme a las consideraciones expuestas.*

SEGUNDO: *CONDENAR en costas a la parte demandante y a favor de las demandadas.*

TERCERO: *Si el presente fallo no fuere apelado, CONSULTESE con el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, conforme al artículo 69 del Código Procesal Laboral, dado que la presente decisión es adversa a las pretensiones del demandante.*

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que estaba claro que entre las partes se suscribió inicialmente un contrato de trabajo a término fijo a partir del 29 de enero del 2010, con duración de 6 meses, el cual posteriormente fue modificado mediante otrosí suscrito el 28 de julio de 2011, a término indefinido con plazo presuntivo, en el cual las partes fueron claras en establecer que el contrato se tendría como a término indefinido desde el 29 de julio de 2011 y a partir de allí se contabilizaran los 6 meses correspondientes al plazo presuntivo, en esa medida y dado que en la carta de notificación de terminación del contrato de fecha 11 de enero de 2019, se indicó que la fecha de finalización sería el 28 de enero de 2019, la conclusión de la parte demandante no correspondía a lo literalidad de lo pactado ni a las reglas de

las prórrogas automáticas contenidas desarrolladas en los artículos 40 y 43 del Decreto 2127 de 1945.

Adicionalmente, memoró lo indicado por la C.S.J., S.C.L, respecto a que tratándose de trabajadores oficiales no existía un tiempo indeterminado para contrato a término indefinido, sino que debía entenderse como celebrado por periodo de 6 meses en 6 meses, salvo que existiera un acuerdo individual entre las partes, en esa medida señaló que como el termino inicial del contrato inició el 29 de julio de 2011, era claro que el último periodo de la prórroga del referido contrato de trabajo lo fue con fecha de iniciación 29 de julio del 2018 y de finalización 28 de enero del 2019, tal y como se efectuó por la parte demandada y dado que en los contratos sometidos a plazo presuntivo no existe la obligación de efectuar un preaviso ni de hacer liquidación periódica conforme se indicó por el órgano de cierre en sentencia 003 de 1998, no se accedió a la ineficacia del despido ni a la indemnización alguna por este aspecto ni a las pretensiones de salarios, prestaciones, vacaciones y aportes al SGSS hasta el 29 de julio de 2019.

Finalmente, respecto a la indemnización moratoria por no consignación de cesantías indicó que la C.S.J., S.C.L, indicó en sentencias como la SL2051-2017 y 981-2019, que tal indemnización solo cobijaba a los trabajadores del sector privado y no a los trabajadores oficiales.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora presentó recurso de apelación contra la decisión a efectos de obtener la revocatoria de la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que quedó debidamente acreditado dentro del expediente que el término en el cual se debía terminar el plazo presuntivo era a partir del 28 de julio de 2019, fecha en que se suscribió el otrosí y por tanto para el momento de la terminación del contrato el actor se encontraba trabajando y el contrato ya se había prorrogado automáticamente, adicionalmente, menciona que la terminación del contrato no se dio con una antelación prevista para los pagos de salarios como se indica dentro de la normativa que rige para los contratos de plazo presuntivo, la cual debió ser mínimo de un mes dado que ese era el periodo de pago de los salarios, de suerte que como no se dio con la antelación prevista el contrato se había prorrogado.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba viable declarar la ineficacia de la terminación del contrato efectuada el 28 de enero de 2019 y en caso afirmativo si resultaban procedentes el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes al SGSS e indemnizaciones reclamadas.

En primer lugar, debe indicarse que no es objeto de controversia que entre las partes existió un contrato de trabajo suscrito el 29 de enero de 2010, el cual inicialmente se pactó a término fijo de 6 meses y posteriormente se suscribió otrosí el 28 de julio de 2011, en el cual se determinó que la duración del contrato sería indefinida con aplicación de plazo presuntivo, igualmente, no existe discusión en que el último cargo desempeñado por el actor fue el de Gerente Nacional, que devengó un salario de \$16.219.000 y que el contrato finalizó el 28 de enero de 2019, pues así se aceptó por las partes al no plantear inconformidad alguna y se corrobora documentalmente, con lo que además resulta clara la condición de trabajador oficial del señor Esquivel Ramos.

Ahora bien, se observa que los reparos expuestos por el recurrente giran en torno a la terminación del contrato efectuada ya que en su consideración el plazo presuntivo terminaba el 28 de julio de 2019, siendo que el contrato se prorrogó y no se dio el preaviso en la oportunidad debida esto era con una antelación de por lo menos un mes conforme se desprendía de la normativa sobre plazo presuntivo.

Para resolver, en primera medida debe mencionarse que el 11 de enero de 2019, se remitió comunicación al señor Esquivel Ramos, informado sobre la terminación del contrato de trabajo por expiración del plazo presuntivo a partir de la finalización de la jornada laboral del día 28 de enero de 2019, por lo que habrá de analizarse a partir de que momento empezaba a contabilizarse el término de 6 meses.

En esa medida, conviene recordar que las partes suscribieron otrosí modificatorio de la duración del contrato, el 28 de julio de 2019, en los siguientes términos:

“(…)

**MODIFICACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DE TÉRMINO FIJO A TÉRMINO INDEFINIDO
CON PLAZO PRESUNTIVO**

N° 4771

Entre los suscritos, a saber: de una parte HERNANDO ENRIQUE GOMEZ VARGAS identificado(a) con cédula de ciudadanía No. 19360235 expedida en BOGOTÁ D.C. quien obra en nombre y representación del BANCO AGRARIO DE COLOMBIA S.A., en su condición de VICEPRESIDENTE DE GESTIÓN HUMANA (E), que en adelante se denominará BANAGRARIO y de otra parte, el señor(a) ESQUIVEL RAMOS JAIRO HERVER identificado con la cédula de ciudadanía No. 79322655 en su condición de TRABAJADOR, de conformidad con lo establecido en la cláusula DÉCIMA SEGUNDA del contrato de trabajo suscrito, de común acuerdo dejamos expresa constancia de nuestra voluntad de modificar el contrato celebrado el día Veintinueve, (29) de Enero de 2010 en cuanto a su duración, para que en lo sucesivo se tenga como contrato a término indefinido. Para efectos formales y brindar mayor claridad a la relación laboral correspondiente, las partes señalan que la fecha a partir de la cual el contrato se tendrá como de término indefinido es el día Veintinueve, (29) de Julio de 2011 y por lo tanto, a partir de tal día se contabilizarán los seis (6) meses correspondientes al plazo presuntivo que gobierna esta suerte de contratos.

Se firma la presente modificación en la ciudad de Bogotá D.C., el Veintiocho, (28) de Julio de 2011.

(…)”

Como se advierte, independiente a que el otrosí se hubiese suscrito el 28 de julio de 2011, las partes fueron claras en determinar que para brindar mayor claridad a la relación laboral definieron que el contrato sería a término indefinido desde el 29 de julio de 2011 y por lo tanto a partir de tal día se contabilizarían los 6 meses correspondientes al plazo presuntivo.

Para dar claridad sobre este tipo de modalidad contractual en los trabajadores oficiales, debe acudirse al Decreto 1083 de 2015 *“Por medio del cual se expide el Decreto Único*

Reglamentario del Sector de Función Pública”, el cual contempló los siguientes artículos:

“Artículo 2.2.30.6.4. Contrato indefinido. *El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, se entenderá pactado por seis meses, a menos que se trate de contrato de aprendizaje o a prueba, cuya duración se rige por normas especiales.*

(Decreto 2127 de 1945, artículo 40)”.

(...)

Artículo 2.2.30.6.7. Prórroga del contrato. *El contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, salvo estipulación en contrario, se entenderá prorrogado en las mismas condiciones, por periodos iguales, es decir, de seis en seis meses, por el solo hecho de continuar el trabajador prestando sus servicios al empleador, con su consentimiento, expreso o tácito, después de la expiración del plazo presuntivo. La prórroga a plazo fijo del contrato celebrado por tiempo determinado deberá constar por escrito; pero si extinguido el plazo inicialmente estipulado, el trabajador continuare prestando sus servicios al empleador, con su consentimiento, expreso o tácito, el contrato vencido se considerará, por ese solo hecho, prorrogado por tiempo indefinido, es decir, por periodos de seis meses.*

(Decreto 2127 de 1945, artículo 43).

(...)”.

Asimismo, nuestro órgano de cierre en sentencia SL1707-2023, explicó que *“(...) el precedente de la Sala ha sido claro en señalar que «el contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno», debe entenderse celebrado por periodos de seis en seis meses, de manera que puede ser terminado por la expiración del plazo pactado o presuntivo, como lo prevé el literal a) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945 (CSJ SL2717-2018, SL030-2018)”* y en párrafo subsiguiente agregó *“Es así como ha señalado el precedente en relación con el plazo presuntivo que este establece una suerte de presunción legal de que el contrato de trabajo pactado de manera indefinida con trabajadores oficiales se entiende celebrado por periodos de seis meses en seis meses (CSJ SL2717-2018, SL030-2018).”*

En esta misma providencia, se indicó *“La Corte adoctrinó entonces que: i) la figura del plazo presuntivo se encuentra plenamente vigente para los trabajadores oficiales; ii) por ello, cuando no se determine el plazo del contrato de trabajo o se diga que es indefinido, debe entenderse celebrado por periodos de seis meses; Y, iii) dicha figura puede ser excluida a través de la negociación individual o colectiva de las condiciones laborales, pero requiere de cláusulas claras y expresas y no de enunciaciones genéricas como la de existencia de un término indefinido (CSJ SL2717-2018).”*

En ese orden de ideas, se tiene que como en el otrosí se determinó que el contrato sería a término indefinido desde el 29 de julio de 2011 y a partir de allí se contabilizarían los 6 meses del plazo presuntivo, se tiene que el plazo inicial del contrato acaeció entre el 29 de julio de 2011 y el 28 de enero de 2012, de modo que el contrato se prorrogó en forma sucesiva de 6 meses en 6 meses, siendo la última prórroga la transcurrida entre el 29 de julio de 2018 y el 28 de enero de 2019, tal y como se señaló por el aquo, encontrando que la terminación efectuada se encontró ajustada a lo establecido en la norma y jurisprudencia.

Ahora y si bien, se alude que en este caso no se dio el preaviso dentro del término señalado en la norma, debe tenerse en cuenta que las normas que regulan el asunto, no contemplan un preaviso para la terminación por expiración del plazo presuntivo, por el contrario, tal situación está establecida como una causa legal de terminación del contrato

de trabajo, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 2.2.30.6.11. del Decreto 1083 de 2015¹.

Adicionalmente, cabe agregar que la norma a la que hace alusión la recurrente respecto del preaviso no es aplicable cuando la causa legal de terminación es la expiración del plazo presuntivo, sino cuando se invoca alguna de las siguientes justas causas:

“Artículo 2.2.30.6.13. Terminación con previo aviso. *Son justas causas para dar por terminado, unilateralmente el contrato de trabajo, con previo aviso dado por escrito a la otra parte, con antelación por lo menos igual al período que regule los pagos del salario, o mediante el pago de los salarios correspondientes a tal período:*

Por parte del empleador:

- 1. La ineptitud plenamente comprobada del trabajador para prestar el servicio convenido. Esta causal no podrá ser alegada después de sesenta días de iniciado el cumplimiento del contrato.*
- 2. La sistemática inejecución sin razones válidas por parte del trabajador, de las obligaciones convencionales o legales.*
- 3. Todo vicio habitual del trabajador que perturbe la disciplina de la empresa.*
- 4. La renuencia sistemática del trabajador a aceptar las medidas preventivas, profilácticas o curativas prescritas por los médicos de la empresa o por las autoridades para evitar enfermedades o accidentes.*
- 5. La enfermedad del trabajador, por seis meses o más; pero el empleador quedará obligado para con el trabajador a satisfacer todas las prestaciones e indemnizaciones legales y convencionales.*
- 6. Las demás que se hayan previsto, con esta modalidad, en la convención o en el reglamento interno.*

(...)

(Decreto 2127 de 1945, artículo 49)”

Así las cosas, se tiene que el Banco Agrario de Colombia efectuó terminación del contrato del señor conforme a las facultades establecidas en las disposiciones legales

¹ **“Artículo 2.2.30.6.11. Terminación del contrato de trabajo.** *El contrato de trabajo termina:*

1. Por expiración del plazo pactado o presuntivo.

(...)”.

anunciadas y en la jurisprudencia citada, por lo que no hay lugar a lo pretendido por el actor, razones por las cuales se procederá a confirmar la decisión del a quo.

Costas en esta instancia a cargo del demandante.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 3 de noviembre de 2021, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSBY

**MARLENY RUEDA OLARTE****MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO****AUTO**

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$200.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.

**LORENZO TORRES RUSSY**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR SILVIA
PATRICIA GONZALEZ OVALLE CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 030 2021 00567 01

Bogotá D. C., Doce (12) de diciembre de dos mil veintitrés
(2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de junio de 2023, en la cual

se declaró la ineficacia del traslado y se absolvió del reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

El recurso de apelación tiene por objeto que revoque la decisión en el entendido que se no acceda a la ineficacia del traslado (Porvenir S.A.) y en todo caso si no se encontrara acreditado el incumplimiento en el deber del consentimiento informado debía ser el fondo privado quien asumiera la prestación en los términos del RPM (Colpensiones).

En esta instancia se allegaron alegatos por el apoderado de Porvenir S.A., en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la nulidad de la afiliación efectuada al RAIS con Porvenir S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria se condenara a Colpensiones a recibirla y afiliarla al RPM como si nunca se hubiese trasladado y a Porvenir S.A., a pagar las sumas de dinero de la cuenta de ahorro individual, cuotas de administración y rendimientos obtenidos actualizadas, a las costas y agencias en derecho y a lo que resultare probado ultra y extra petita.

Sustentó sus pretensiones en que efectuó al RPM con la empresa licores de Cundinamarca entre el 8 de abril de 1986 y el 31 de mayo de 2000; que el 1 de junio de 2000 se trasladó del ISS a Porvenir y que los asesores de la administradora

pensional no le suministraron la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Porvenir S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, refirió que no eran ciertos otros y que no le constaban los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición radicó en que no aun cuando se trata de una pretensión dirigida en contra de una codemandada, en tanto que, el traslado de régimen pensional de la demandante al RAIS, así como los posteriores traslados horizontales, estuvieron precedidos por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alegaba era un error de derecho frente a las condiciones que estaban determinadas en la normatividad de público conocimiento en atención a que no se aportaba prueba que permitiera indicar que su traslado se dio bajo algún vicio del consentimiento y que tampoco se daban los supuestos necesarios para declarar la nulidad del traslado realizado por la demandante al RAIS, por el contrario, se evidenciaba que el accionante durante el tiempo de vinculación a este régimen tuvo todas las posibilidades de conocer las características y condiciones. Propuso entre otras las excepciones de: prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, refirió que no le constaban otros y que no eran ciertos los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición, radicó en que el traslado del régimen pensional realizado por el demandante fue completamente válido, ya que estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada y ajustado a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto No. 663 de 1993, igualmente, señaló que el actor suscribió de manera libre, espontánea el formulario de afiliación, destacó en cuanto a la solicitud de devolución de los rendimientos financieros que ello desbordaba los efectos de la ineficacia y que en caso de que se accediera a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, la devolución de los rendimientos financieros, gastos de administración, y demás gastos, dejaría al demandante en una situación más favorable que la que tendría de haber permanecido en el RPM. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 16 de junio de 2023, el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ el traslado de régimen pensional que hizo la demandante SILVIA PATRICIA GONZÁLEZ OVALLE, identificada con cédula de ciudadanía N° 51.753.204, efectuado el 06 de marzo de 1999, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida - RPM, antes administrado por el extinto Instituto de los Seguros Sociales - ISS hoy COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS, a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., con efectividad a partir del 01 de mayo de 1999, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a SILVIA PATRICIA GONZÁLEZ OVALLE al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, sin solución de continuidad, de acuerdo con la argumentación expuesta.

TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de SILVIA PATRICIA GONZÁLEZ OVALLE, incluidos sus rendimientos y; con cargo a sus propios recursos, las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, por el lapso en que permaneció afiliada a esa AFP, esto es, de 01 de mayo de 1999 y hasta que se haga efectivo el traslado, de conformidad con las consideraciones de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de SILVIA PATRICIA GONZÁLEZ OVALLE, reactive su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM y, actualice la información en su historia laboral para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan tal Régimen, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones planteadas por las accionadas, de acuerdo con lo antes indicado.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a favor de la DEMANDANTE. Por secretaría liquidense e inclúyanse como agencias en derecho la suma de TRES MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$3'600.000.00). Sin costas ni a favor ni en contra de COLPENSIONES.

SÉPTIMO: CONCEDER el Grado Jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES.

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que en relación al deber de información en la primera fase las obligaciones y el contenido mínimo era brindar información en torno a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, igualmente si existía pérdida de algún beneficio pensional, encontrándose ese deber de información establecido en la normatividad de vieja data, aunado ello, señaló que el formulario de afiliación no puede ser el único

elemento de juicio para demostrar el consentimiento informado, que la carga de la prueba sobre ese deber de información estaba en cabeza de las administradoras pensionales y que de las pruebas recaudadas tales como interrogatorio de parte no se logró acreditar el cumplimiento del mismo.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Los apoderados de las demandadas presentaron recurso de apelación sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

El **apoderado de Porvenir S.A.**, señaló que aunque existían precedentes a cerca de la ineficacia del traslado estos no aplicaban en forma homogénea a todos los casos, que en este caso debía tenerse en cuenta que el demandante se trasladó válidamente de régimen pensional en forma libre y voluntaria, que las características, ventajas y desventajas estaban en la ley 100 de 1993, en donde pudieron ser consultadas, que como consumidor financiero debió obtener la información suficiente respecto del acto jurídico que realizaba especialmente cuando los datos relevantes le permitían apreciar las consecuencias de esta decisión por estar determinadas en las normas y sus acciones estuvieron amparadas en las mismas, igualmente, indicó que no era procedente la devolución de las primas de seguros pues no estaban en su poder, tampoco era procedente la devolución de los gastos de administración conforme a los conceptos de la superintendencia financiera y que debía revocarse la indexación

ordenada siendo que con los rendimientos de capital se compensaba la pérdida del poder adquisitivo de dinero.

El apoderado de Colpensiones, mencionó que no estaba de acuerdo con la decisión pues se estaba frente a una situación de justicia incompleta pues se vulneraban los derechos de su representada ya que resultaba condenada por un hecho que no cometió en tanto que no era la causante de traslado y por ello no debía ser objeto de condena de suerte que si se determinaba que existió un incumplimiento al deber de suministrar un consentimiento informado debería ser la AFP quien asumiera la prestación en los términos del RPM, especialmente cuando ello generaba afectaciones económicas para Colpensiones y sus afiliados como ya se había hecho mencionado por esta misma corporación, razones por las que debería absolverse a Colpensiones.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes

jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por Colpensiones, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establecen el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

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

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

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

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

controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. 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.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el 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.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de afiliación a Porvenir S.A. el 6 de marzo de 1999 (fl. 156 archivo 06 del expediente digital).

Así las cosas, pese a que obran formulario de afiliación y vinculación a fondo de pensiones en el RAIS y traslado horizontal, estos no resultan suficientes para considerar que el actor recibió el consentimiento informado pues según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora suministró al posible afiliado una mínima información, debe estar claro que se informó acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto y ello tampoco resultaba factible colegirlo del interrogatorio de parte absuelto por la actora, por lo que resultaba procedente declarar la ineficacia de la afiliación realizada por el actor a Porvenir S.A.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, rendimientos, primas de seguros, sumas adicionales, entre otros, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las

administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1688-2019, al indicar en lo pertinente:

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

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

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la sentencia SL2611-2020, expreso:

"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el término trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento último frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741."

De conformidad con el precedente citado, se tiene que la prescripción resulta inaplicable en asuntos en los que se pretenda la nulidad de traslado de régimen en tanto que sus consecuencias son de tipo declarativo pues atienden al deber de examinar la expectativa del afiliado a recuperar el RPM, además por su nexo de causalidad con un derecho irrenunciable e imprescriptible y por el carácter declarativo de la pretensión principal, en ese orden y como los conceptos cuya devolución se ordena están destinados precisamente a la construcción del derecho pensional del actor tampoco se ven afectados por esta figura.

En cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1055-2022, así lo dispuso.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha

16 de junio de 2023, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA SALA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Ponente: Martha Ruth Ospina Gaitán

Expediente No. 11001 31 05 011 2017 00527 02

Oswaldo José Barrios Cortina vs. Ace Seguros S.A. hoy Chubb Seguros Colombia S.A.

Bogotá D. C., seis (06) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

En cumplimiento del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, en concordancia con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala el recurso de apelación del **demandante** contra la sentencia **absolutoria** proferida el 12 de mayo de 2021 por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral de la referencia.

Previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se profiere la siguiente

Sentencia

Antecedentes

1. Demanda. **Oswaldo José Barrios Cortina** presentó demanda contra **Ace Seguros S.A.**, hoy **Chubb Seguros Colombia S.A.**, con el fin de que se declare la existencia de un único contrato de trabajo a término indefinido entre las partes del 30 de enero de 2006 al 5 de febrero de 2016, y, en consecuencia, se condene al pago del porcentaje del salario insóluto generado desde el 9 de marzo de 2009 y de la parte pendiente por concepto de prestaciones sociales y vacaciones de 2009 al 2016, junto con el reconocimiento de los gastos de desplazamiento desde Miami - EEUU hacia Bogotá D.C., indemnización de perjuicios materiales y morales generados por la indebida gestión de su visa de trabajo y la negativa a cooperar en el restablecimiento de su estatus legal migratorio en EEUU, intereses moratorios, indemnizaciones de los artículos 64 y 65 del CTS, lo *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho (pdf 2 y 9).

Como fundamento fáctico de lo pretendido manifestó, en síntesis, que el 30 de enero de 2006 ingresó a la compañía demandada en Miami - EEUU, con un salario anual de



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

\$65.000 USD, siendo su estatus migratorio el de asilado político, pero *“por razones de rapidez y eficacia ambas partes consideraron iniciar los trámites de VISA de trabajo correspondientes”*, sin embargo, por errores del departamento de recursos humanos de la pasiva y la oficina de abogados por ella designada, *“fue deportado”* el 22 de febrero de 2009 y *“tuvo que soportar 15 días de cárcel en los Estados Unidos y sumado a ello, tiene prohibido ingresar a dicho país por 10 años contados desde la fecha de la deportación”*, dice que esa situación le generó un daño incalculable, al residir su familia en dicho país y no tener la certeza de si podrá volverlos a visitar.

Asegura que su traslado a Colombia no fue producto de la voluntad del trabajador sino como consecuencia de la indebida gestión de la aseguradora y sus abogados, señala que para el momento de su deportación, la gerente de recursos humanos para Latinoamérica de la pasiva, señora Rosmery Hernández, envió un correo a *“Rocío Higadera (cargo); Ketty Morales (cargo); Héctor Martínez (cargo)”*, con el asunto de *“TRANSFERENCIA DE OSVALDO A COLOMBIA”*, en el que se fijaron las condiciones en que el demandante continuaría desempeñando su labor, dado que en su sentir se trató de una mera transferencia para seguir su trabajo desde la oficina de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expresado en dicho correo, así:

“(...) Como todos saben lamentablemente Osvaldo perdió su status legal en los EUA, por lo que vamos a transferirlo a trabajar desde la oficina en Bogotá hasta que podamos darle una visa de Trabajo más o menos en un año y medio.

Esta posición solo se está transfiriendo por asuntos fuera de nuestro control- por lo que se va a transferir de vuelta a Miami tan pronto las circunstancias nos lo permitan.

La transferencia de Osvaldo no nos debe acarrear gastos extras. Su presupuesto anual en Miami deber (sic) ser el mismo en Colombia. Osvaldo no esta recibiendo ningún beneficio de reubicación- lo único que ACE miami va a darle es su pasaje a Colombia por ser un viaje de Negocios.

Las condiciones de trabajo de Osvaldo son como empleado local en Colombia a partir del 1 de Abril de 2009. Va a trabajar desde la oficina en Bogotá- en la parte contable se debe meter junto con los Regionales en Colombia. (...)

(...) Su salario Anual Actual es de USD\$75.118 al años- más beneficios e impuestos su costo anual es de USD \$98.028,99-Mensualmente USD\$8.169,08. Lo que se va a hacer es haberle una conversión a la tasa de cambio del día que comience a trabajar y así continuará. (...)

Relata el demandante que la demandada incumplió sus compromisos, ya que al llegar a Colombia lo hizo firmar un nuevo contrato de trabajo el 9 de marzo de 2009, como si se tratara de una nueva relación laboral, expresa que, en el año 2011, la gerente de



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

recursos humanos de Miami, señora Rosmery Hernández, le informó que la compañía no seguiría gestionando su visa:

“(...) Hola Osvaldo,

Lamentablemente ACE no puede incurrir con este gasto en estos momentos. Si tu quieres seguir con este proceso debe ser por tu cuenta. La persona que se quedó con la resolución del caso fue Peter Baumann, en las mismas oficinas (...)”

Asegura que el incumplimiento de la empresa en la continuidad del trámite de visa lo obligó a seguir laborando desde el lugar a donde fue trasladado, sin el apoyo de la compañía para retornar a Miami, además, ante la falta de interés de la pasiva en procurar su regreso a EEUU, se vio en la necesidad de solicitar un “shortsale” o venta de remate de su apartamento, el cual entregó al Banco en 2012 para evitar un mayor endeudamiento en los EEUU.

De otra parte, expresa que la compañía nunca le pagó el tiquete de viaje por \$337 USD desde Miami a Bogotá D.C. y desconoció su propia política de traslados, que reconoce a los trabajadores de la pasiva el pago de \$3.0000 USD por pago del container de mudanza internacional, otorgar un vehículo provisional para desplazarse al sitio de trabajo y el pago de 3 meses de arriendo por \$1.500.000 COP cada uno.

Informa que la entidad demandada lo ascendió al cargo de “Database Manager” en Colombia, pero no le aumentó su salario, a pesar de que la función desempeñada era de rango salarial 26, pero fue clasificado en el rango 25, inferior al de sus compañeros que ocupaban cargos a nivel regional, discriminación que persistió hasta que en 2016 fue ascendido su grado, tras 6 años de labor. La demandada tampoco cumplió con la conversión a la tasa de cambio de su salario, ya que el contrato de trabajo de 2009 fijó un salario de \$13.950.625 COP o \$167.407.500 COP anuales, cifra inferior al ingreso anual percibido en Miami de \$75.118 USD, diferencia que la accionada aseguró que iba a compensar otorgando acciones y opciones de la compañía, acuerdo que se cumplió solo entre 2009 y 2011 y que fue suspendido unilateralmente por la demandada.

Agrega que, a pesar de los perjuicios causados, el demandante se limitó a pedir a la pasiva que le mantuviera el salario básico devengado en Miami, lo que solicitó insistentemente desde la suspensión en la entrega de acciones y opciones. No fue sino hasta 2015 que Rosmery Hernández le envió un correo indicando “(...) Hola Osvaldo,



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

lamento diferir contigo. Lo que se hizo fue que aun cuando ibas para Colombia se te mantuvo el salario que tenías en Miami (...)", a lo que contestó el accionante, que con dicha respuesta se acepta el compromiso de mantener su salario, sin embargo, el vicepresidente regional de recursos humanos, señor Tomas San Vicente, aclaró al actor que había sido engañado, ya que "las acciones y opciones de ACE NO son un beneficio, son parte de los incentivos de compensación variable, al igual que el bono dependen de: 1. El tamaño del pool asignado a la Región. 2. El pool de la Función. 3. El desempeño del empleado. Lamento que no se te haya aclarado esto antes, pero no es un elemento de compensación garantizado ni mucho menos un beneficio", de lo que se extrae que la encartada le ofreció el tomar unas sumas variables como si fueran cifras fijas incluidas en el salario y esto le causó una desmejora salarial de \$228.438.827 COP, conforme el cálculo realizado en la demanda, diferencias que no se consideró al momento de calcular las prestaciones sociales, aportes y la liquidación del contrato.

Aduce que como solicitó varias veces la solución a todos sus inconvenientes, la pasiva le ofreció la suma de \$9.600.000 COP, pero como no aceptó, la empresa le terminó unilateralmente sin justa causa su contrato de trabajo el 5 de febrero de 2016, informa que tiempo después, el 3 de marzo de 2016, se celebró una audiencia fallida de conciliación, diligencia en que la accionada argumentó que el contrato de trabajo celebrado en Colombia fue independiente a la relación desarrollada en Miami, lo que es falso, ya que la encartada siempre lo trató como un trabajador transferido, nunca se liquidó el contrato que inició en 2005 (sic) y siempre el demandante se reportó y recibió órdenes en Bogotá por parte de los mismos funcionarios a los que estaba subordinado en Miami.

2. La demanda correspondió al Juzgado 10 Laboral del Circuito de Barranquilla, quien por auto del 11 de enero de 2017 la admitió y ordenó la notificación y el traslado de rigor (pdf 10).

3. Contestación de la demanda por Ace Seguros S.A. hoy Chubb Seguros Colombia S.A. Contestó con oposición a las pretensiones, argumentando que con el demandante sostuvo una relación laboral del 9 de marzo de 2009 al 5 de febrero de 2016, desempeñando el cargo de "Database Manager", que no son de su incumbencia los hechos anteriores relacionados con el aparente vínculo entre el accionante y "Ace American Insurance Company" para ocupar el cargo de "DBA Webmaster Administrator in the Department for the Latin American Region", por ser esa persona jurídica distinta a la compañía colombiana demandada, por tanto, no tiene responsabilidad en las pretensiones



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

reclamadas, afirma que canceló todas las acreencias derivadas del contrato de trabajo de 2009 al gestor y que el salario acordado fue integral, que compensaba de antemano las prestaciones sociales (pdf 16).

Expresa que es erróneo solicitar la nivelación salarial, ya que el cargo del demandante no tenía par en la organización, siendo imposible cualquier tipo de comparativa entre trabajadores, además niega haber ofrecido un arreglo por \$9.600.000 COP, ya que el documento del 28 de febrero de 2016 demuestra que tal pago correspondió a una prima extralegal de servicios. Frente al despido, aseguró que tal decisión obedeció a la reestructuración que la empresa experimentó por la fusión empresarial que dio origen a **Chubb Seguros Colombia S.A.**

Formuló las excepciones de prescripción, falta de jurisdicción y competencia, falta de legitimación por pasiva, buena fe, falta al deber probatorio por parte del demandante y la genérica.

4. El Juzgado 10 Laboral del Circuito de Barranquilla, en auto proferido en audiencia del 31 de julio de 2017, declaró su falta de competencia y remitió el expediente a los jueces laborales de Bogotá D.C. (carpetas 68 y 69) y con auto del 12 de diciembre de 2017, el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. avocó conocimiento del proceso (pdf 37).

5. Sentencia de primera instancia. El Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia proferida el 12 de mayo de 2021, **resolvió:** *“PRIMERO: Absolver a la sociedad Ace Seguros S.A. hoy Chubb Seguros Colombia S.A. de todas y cada una de las pretensiones que fueron impetradas en su contra por parte del demandante Osvaldo José Barrios Cortina, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia. SEGUNDO: Declarar probados los hechos sustento de las excepciones de pago, cobro de lo no debido por ausencia de causa, falta del deber probatorio por parte del demandante, que fueron propuestas por la pasiva y de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: Condenar en costas al demandante, fíjense como agencias en derecho una suma igual a \$400.000 y de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: Consultar esta providencia con la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en caso de no ser apelada oportunamente por la parte demandada y de conformidad con los argumentos normativos de orden procesal esbozados en la parte motiva de esta sentencia”.*

El juez a quo apoyó su decisión en que el accionante no logró acreditar que prestó su servicio a la sociedad accionada entre 2006 y 2009, ya que manifestó en la demanda



y allegó prueba documental que demuestra que inició una relación laboral en 2006 en Miami - EEUU a favor de la sociedad “*Ace American Insurance Company*”, que perduró hasta que fue deportado a Colombia y, como quiera que dicho vinculó se suscribió, rigió y desarrolló en un país extranjero, no está cobijado por la legislación nacional conforme el artículo 2 CPTSS, sin que sea posible aplicar la tesis jurisprudencial de la “*territorialidad relativa*”, como quiera que ésta solo aplica a contratos desarrollados en el exterior en los que la subordinación se ejerce desde nuestro país, cuando las partes acuerdan aplicar la legislación colombiana o se trata de relaciones inicialmente desarrolladas en Colombia y que transitoriamente se ejecutan en el extranjero, condiciones que no se cumplen, además, la sociedad demandada se constituyó en Colombia, sin ser sucursal, ni tener relación con la sociedad americana y así hagan parte de una multinacional, ello no implica que sean el mismo ente jurídico, en todo caso, a pesar que no se reclamó en la demanda, ni hizo parte de la fijación del litigio, tampoco se puede hablar de unidad de empresa, toda vez que no hay prueba de la subordinación económica y una de las sociedades se ubica fuera de Colombia, por ende, no se cumplen los requisitos del artículo 194 CST.

Agrega que al no haberse acreditado que entre las partes en juicio existió un contrato de trabajo del 9 de marzo de 2009 al 5 de febrero de 2016, no puede ordenarse la reparación de perjuicios originados en hechos ajenos a la relación laboral colombiana y no procede considerar un salario pactado en Estados Unidos, porque no era la misma relación, ni se puede derivar responsabilidad de la no aplicación de un grado salarial, ya que el demandante no demostró cuál era su escala de remuneración y la pasiva señaló que no existían las distinciones descritas en la demanda, por tanto, al no probarse saldos pendientes de pago, tampoco se puede ordenar la reliquidación, mucho menos de prestaciones sociales porque el salario acordado fue integral, por último, por sustracción de materia, no hay mérito para ordenar ninguna indemnización.

6. Recurso de apelación del demandante. Inconforme con la sentencia de primera instancia, interpuso recurso escrito de apelación, solicitando que se revoque el fallo de primera instancia o, en su lugar, dejar sin valor ni efectos la decisión judicial, para despachar favorablemente las suplicas de la demanda (pdf 63).

Como fundamento del recurso, alega que el juez incurrió en una indebida valoración de las pruebas y como primer reparo señala que hay incongruencia en la sentencia, pues se planteó como problema jurídico “¿existió o no una única relación laboral regida por un



contrato de trabajo a término indefinido comprendido entre los extremos temporales del 30 de enero del año 2006 hasta el 5 de febrero del año 2016?”, pero en vez de contestar tal pregunta, el juez se desvió del planteamiento inicialmente definido, para centrar su análisis en el factor de territorialidad del contrato de trabajo, conforme el artículo 2 CPTSS, declarando que el caso del ámbito de protección nacional a las relaciones de trabajo, al considerar que no se reúnen los requisitos jurisprudenciales de la *“territorialidad relativa”*, pero cómo es posible que el juez se refiera a la falta de jurisdicción, pero no mencione la misma en la parte resolutive de la sentencia y en su lugar, de forma inexplicable, desarrolle un estudio de fondo del asunto absolviendo a la pasiva, acto incongruente porque no puede pronunciarse de un asunto que *“supuestamente se escapaba de su esfera”*. En todo caso, señala que la jurisprudencia **si otorga jurisdicción** para resolver el caso, ya que, si bien el contrato *“no se originó en territorio colombiano, ni fue creado tampoco en nuestro país, pero sí fue desarrollado aquí. Y se desarrolló con la misma empresa con la que inicial y ORIGINALMENTE se pactó contrato de trabajo consensuado que es la misma con la que finalizó”*, circunstancia que está demostrada con las pruebas que no valoró el juez y que acreditan que el trabajador continuó reportando sus actividades a Héctor Martínez, quien estaba en Miami y era su superior desde antes de la deportación de 2009, como lo demuestran los correos arrimados al expediente, además, el actor continuó en el *“directorio”* de los regionales, que era el nombre dado a los empleados de la compañía a nivel regional y no nacional, como se observa en los correos, además, *“todos los teléfonos de los empleados del directorio son extranjeros”* y por si fuera poco, el empleado siguió ejecutando las mismas funciones que realizaba en EEUU, solo que fue ascendido a cargo gerencial, además, la prueba de que se trató de una sola relación laboral es la propia solicitud del demandante que dirigió al superior de recursos humanos, en la cual relata todo lo sucedido con su traslado anormal, sin que sea de recibo la afirmación del fallador de primer grado de que no se acreditó la prestación del servicio, pues su señoría contaba con el *“backup de cientos de miles de correos electrónicos de reportes y de cuestiones de la actividad o prestación del servicio del día a día por parte del demandante con la demandada”*.

Como segundo reparo, asegura que el juez de conocimiento señaló incorrectamente que el actor no acreditó que los servicios prestados en el tiempo endilgado lo fueran siempre para el mismo empleador, al considerar que la demandada era una sociedad colombiana de la que no había prueba que fuera sucursal o matriz de *“Ace American Insurance Company”*, conclusión errada porque el certificado de tradición y libertad de la encartada registra que el 3 de febrero de 2009 se configuró una situación de control por la sociedad matriz *“CHUBB LIMITED”*, ejercido indirectamente a través de *“ACE INA*



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

INTERNATIONAL HOLDING LTDA Y OTRAS FILIALES Y/O EMPRESAS DEL GRUPO ACE” sobre la sociedad demandada, lo que desdice la inferencia del Juez y, aún en gracia de discusión, si se acepta que Ace Colombia es una sociedad diferente a la que contrató al actor, entonces nunca existió la prestación personal del servicio a favor de la sociedad nacional, lo que impide declarar un contrato de trabajo con la accionada, pues el gestor prestó su servicio para toda Latinoamérica y no para Colombia, siempre para la matriz localizada en Estados Unidos, siendo incongruente que el juzgador hable de la unidad de empresa desde la posición de un contrato de trabajo perfeccionado en Colombia, dejando de lado que dicha relación laboral se consolidó fue con la sociedad matriz y que es una sola en virtud de la unidad de empresa “*con sus subsidiarias*”, ya que basta revisar la página web de la matriz para observar los países donde mantienen “*control operacional y financiero (incluyendo a Chubb Colombia, cuyas oficinas están ubicadas en la misma dirección en la que reciben sus notificaciones judiciales en la ciudad de Bogotá)*”, además, el reporte del primer cuarto del año 2021 de Chubb menciona a Colombia, al tiempo que indica que la compañía tiene “*5 mil empleados a través de 109 oficinas en toda Latinoamérica*” y que el 40% de sus transacciones y negocios están por fuera de Estados Unidos, comprobando la unidad de empresa en metas, objetivos, prestación de servicios y venta de productos, así como en el control de la matriz sobre sus subsidiarias, por ende, es la misma empresa aun cuando sus operaciones se ejecuten en diferentes países, lo que obliga a que se sometan a las leyes de cada uno, en este caso, la ley colombiana, más aún cuando la nómina de los regionales residentes en Colombia la paga la matriz mediante un “*cruce de cuentas*”, tal y como ocurrió en el caso del actor, cuyo interrogatorio más el testimonio de Rafael Rodríguez refieren a las cuentas llamadas “*INTERCOMPANY*”.

Como tercer reparo, afirma que el fallo le denegó el acceso a la administración de justicia, al desestimar la relación laboral iniciada con anterioridad a su deportación de los Estados Unidos y osa absolver a la pasiva como si hubiera hecho un análisis a profundidad del caso, lo que no se hizo, pues el juez no reparó en la razón que mueve a los grupos empresariales con presencia global a crear empresas, según la norma de cada país donde tiene operación, ya que dicho sometimiento se ejecuta “*por imposición legal y como ficción jurídica*” para que respondan judicialmente, por tanto, aunque el actor no era empleado directo de la filial, si era responsabilidad de aquella el cumplimiento de la normatividad estatal, más aún cuando la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la sentencia radicado No. 72569 del 20 de abril de 2016, consideró que un contrato de trabajo desarrollado en una embajada en Colombia



puede ser conocido por los jueces del trabajo nacionales porque se ejecuta en el territorio nacional y *“si los jueces laborales de Colombia tienen jurisdicción para conocer la demanda contra Estados extranjeros que gozan incluso de soberanía e inmunidad jurisdiccional, con más razón entonces como no habrá mayor potestad y autoridad para condenar a una empresa de carácter comercial”*, ya que se demostró que si bien la relación laboral inició en Estados Unidos, una parte de la misma se desarrolló o ejecutó en Colombia, siendo además el demandante de nacionalidad colombiana.

7. Alegatos de conclusión. En el término de traslado, las partes guardaron silencio.

8. Cuestión preliminar. La Sala dará trámite al recurso de apelación del demandante, no obstante que el mismo no se sustentó de manera oral al momento en que fue notificado el fallo de primera instancia en estrados, ya que si bien no se cumplió la exigencia señalada en el artículo 66 CPTSS, modificado por el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007, que dispone que la sustentación de la apelación contra la sentencia se hará de manera oral, ello no sucedió, dado que fue el propio juez a quo, quien aceptó la solicitud de la apoderada del actor de sustentar por escrito dicha alzada con base en el Decreto 806 de 2020, desconociendo que tal norma en ningún momento permitió la sustentación escrita, sin embargo, mal haría la Sala en no dar trámite a la apelación, cuando fue el propio juez laboral, quien permitió tal irregularidad al desacatar los ritos de la actuación en punto a la sustentación oral del recurso, lo que generó la confianza legítima al apelante, en el entendido que era válido presentar por escrito su alzada, expectativa que protegerá esta Corporación para no afectar el derecho de acceso a la administración de justicia de dicha parte, no sin antes conminar al juez para que en lo sucesivo se abstenga de indicar a las partes que pueden sustentar las apelaciones contra las sentencias por escrito, ya que esa decisión es contraria a su trámite.

Elucidado lo anterior, procede la Sala, de cara al recurso de apelación formulado por la parte demandante, a dejar determinado lo que está por resolverse en esta instancia, de la siguiente manera:

9. Problema jurídico a resolver. De conformidad con el principio de consonancia consagrado en el artículo 66 A del CPT y de la SS, corresponde a la Sala abordar el estudio del siguiente problema jurídico: ¿Se equivocó el juez a quo al absolver de todas las pretensiones a la parte demandada, al considerar que el demandante no acreditó que la sociedad accionada sea la misma con la cual el demandante desarrolló un contrato de trabajo en Estados Unidos?



10. Resolución al problema jurídico. De antemano la Sala anuncia que **confirmará** la sentencia apelada.

11. Fundamentos normativos y jurisprudenciales. Art. 194 CST; Arts. 260, 263, 471 CCo; Arts. 2, 28 CPTSS; Art. 58 CGP; CSJ SL5291-2018, CSJ SL607-2020, CSJ SL4278-2022.

Consideraciones

La Sala emprende el estudio del problema jurídico planteado, así:

¿Se equivocó el juez a quo al absolver de todas las pretensiones por considerar que la parte actora no acreditó que la sociedad demandada sea la misma con la cual el demandante desarrolló un contrato de trabajo en Estados Unidos?

Por cuestiones metodológicas, la Sala considera oportuno empezar la resolución del problema jurídico planteado, con el estudio de las inconformidades expuestas en el recurso de apelación del demandante, en lo relacionado con la figura de la unidad de empresa.

Revisado el expediente, se verifica que ni en la demanda, ni en su subsanación se reclamó la figura de la *“unidad de empresa”*, consagrada en el artículo 194 CST, pedimento que no fue formulado por la apoderada del demandante, quien en el libelo nunca mencionó, ni tan siquiera insinuó, que la parte accionada estuviera conformada por dos o más sociedades, ya que ni en la identificación de las partes, ni en los hechos, ni en las pretensiones, ni en los fundamentos de derecho relacionó que la acción lo fueran también contra otra sociedad diferente a **Ace Seguros S.A.**, hoy **Chubb Seguros Colombia S.A.**, incluso en la demanda lo que se pide es la declaratoria de existencia de un único contrato de trabajo con la aquí accionada, de lo que se colige sin duda alguna que jamás solicitó la inclusión de otra persona jurídica demandada más allá de la antes mencionada.

Incluso en esos mismos términos fue que el juez del conocimiento efectuó la fijación del litigio, al señalar que lo que estaba por resolverse era determinar la existencia o no de un único contrato de trabajo entre el actor y la sociedad demandada del 20 de



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

enero de 2006 al 5 de febrero de 2016, sin incluir en ningún momento la mentada unidad de empresa alegada.

Vale aclarar que la apoderada del actor reclamó la unidad de empresa solo hasta cuando presentó sus alegatos de conclusión de primer grado, mención sorpresiva a través de la cual intentó que se variara la fijación del litigio, con miras a incluir una nueva arista al problema jurídico que previamente se estableció conforme a la demanda y su contestación, desconociendo que tal modificación no se podía realizar, no solo porque el principio de preclusión procesal lo impide, ya que una vez agotada una etapa procesal, como lo era la fijación del litigio, no es posible reabrirla, sino porque también aceptar dicho cambio lesionaría los derechos al debido proceso y defensa de la parte contraria, al incluir aspectos novedosos que en su debida oportunidad no fueron de conocimiento de la contraparte y por obvias razones, no tuvo la oportunidad de controvertirlos.

Por consiguiente, no es válido, ni correcto, que el apelante pretenda en esta instancia que se resuelva acerca de una figura que no solicitó en el momento procesal en que ello era posible, dado que el recurso de apelación tiene por finalidad que el juzgador de segundo grado revise la providencia, con miras a verificar si se presentan en la misma errores de valoración o de procedimiento, lo que lejos está de pretender adicionar pedimentos, que se reitera, no fueron planteados, ni conocidos, ni controvertidos en primera instancia, de ahí que no le asiste razón en su argumentación referida al reconocimiento de la pluricitada unidad de empresa.

De otra parte, en su recurso de alzada la parte accionante asegura que la sociedad colombiana se trata de la misma persona jurídica norteamericana, para la cual el actor presuntamente prestó servicios desde enero de 2006 en Miami, solicitud que fundamentó en la unidad de empresa, pero como ya se dijo, no era posible la aplicación de tal figura, tampoco resulta viable su petición de considerar que las compañías antes mencionadas eran una sola, a modo de insistencia, la única demandada fue la sociedad colombiana.

En cuanto al reclamo de la apelante de que se debe declarar que la relación laboral colombiana es la continuación del vínculo de trabajo iniciado en Estados Unidos de América, no hay lugar a despachar favorablemente tal suplica, ya que de cara al caudal probatorio recopilado se logra establecer, sin lugar a duda, que el único vínculo



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

de trabajo que la parte actora logró acreditar en cabeza de la compañía colombiana fue el contrato de trabajo celebrado en marzo de 2009 y si bien el accionante señaló que dicha vinculación en realidad correspondía a un “*traslado*” para seguir la relación laboral iniciada en los Estados Unidos de América, lo cierto es que las pruebas arrojadas a juicio no demuestran la teoría del caso planteada por el extremo activo de la litis.

Y si bien el demandante allegó copia de un documento, extendido en idioma inglés, suscrito por Héctor Martínez, por medio del cual se comunica la aceptación de la vinculación del actor a partir del 30 de enero de 2006 en el cargo “*DBA Webmaster Administrator in the Systems Department for the Latin America Region*”, con membrete en el que aparece el símbolo de Ace International, tal instrumental en nada compromete a la entidad demandada en este juicio, dado que no puede imputársele su autoría, ya que proviene de un tercero y no se observa que en el mismo tan si quiera se mencionó a la compañía nacional accionada (pp. 10-11 pdf 4).

Además el demandante acompañó con su demanda, copia del correo electrónico enviado por Rosmary Hernández el 20 de febrero de 2009, identificada como “*Human Resources Manager ACE Latin America Miami*”, en el que se dice que la transferencia del actor a la oficina de Bogotá será hasta que “*podamos darle una visa de trabajo*” (pp. 21 pdf 4), misma persona que envió otro correo electrónico el 13 de enero de 2011 informando al demandante que ACE no podía incurrir en gastos con el proceso de visado del gestor (pp. 27 pdf 4).

Si bien la compañía demandada no desconoció ni tachó de falsas las impresiones de los anteriores correos, lo que en principio les otorga eficacia probatoria, a voces del párrafo primero del artículo 54A CPTSS y del artículo 247 CGP, en todo caso no existen medios de convencimiento que acrediten que la autora de tales correos hace parte del personal de la sociedad nacional accionada o podía comprometer a aquella, por lo cual no es posible asignar responsabilidad ni autoría a la encartada con base en la impresión de dichos correos electrónicos, menos aun cuando desde la propia demanda se identifica a la señora Rosmary Hernández como empleada de una compañía internacional radicada en Miami, ciudad ubicada en los Estados Unidos de Norteamérica, país donde la compañía nacional no tiene sucursal o establecimiento de comercio, conforme su certificado de existencia y representación legal (pp. 1-9 pdf 4).



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

De otra parte, se aportan copias impresas de algunos correos enviados al actor con copia a Héctor Martínez o Fabian Alejandro Benavidez (pp. 26-29, 36-47 pdf 4), sin embargo, de nuevo existe la total falta de elementos de convencimiento que permitan relacionar a dichas personas con la compañía nacional demandada, inclusive, la señora Carolina Rodríguez Acevedo, representante legal de la única convocada, manifestó en su interrogatorio que no conocía ni a Héctor Martínez, ni a Fabian Alejandro Benavidez, a la vez que el propio actor identificó a tales personas como quienes ejercían subordinación sobre él, no desde la empresa colombiana sino desde el exterior (19:5, 24:03 carpeta 72).

A su vez, el testigo Rafael Humberto Rodríguez Barrios, identificó a Fabian Alejandro Benavidez como un funcionario del nivel Latinoamérica de una compañía multinacional norteamericana y Alejandra Keber Maggi, cónyuge del accionante, en su testimonio señaló que Héctor Martínez era el superior inmediato de su marido en la compañía para la cual laboró en Miami (52:20 carpeta 72).

Inclusive, se reitera que el demandante, en su interrogatorio de oficio, identificó a Héctor Martínez como empleado de una compañía extranjera, de nivel multinacional, a quien estaba subordinado durante el periodo en el cual desarrolló su labor en Colombia y luego señaló que tal persona natural fue reemplazada por Alejandro Benavidez (14:30 carpeta 73).

En consecuencia, no observa esta Corporación que el juez de conocimiento incurriera en un dislate valorativo o haya desviado la resolución del problema jurídico planteado, ya que, en el presente asunto, como se dijo, el litigio se fijó en establecer si existió una relación laboral entre el actor y la sociedad nacional demandada y el caudal probatorio demostró que **Ace Seguros S.A.**, hoy **Chubb Seguros Colombia S.A.** sí fue el empleador del actor, pero únicamente por el periodo cubierto por el contrato de trabajo que inició en marzo de 2009 y de acuerdo a las condiciones acordadas en dicho instrumento, pero nada más, ya que toda la evidencia relativa a una eventual prolongación de una relación laboral iniciada en el extranjero con anterioridad no fue concluyente en el asunto.

Además, precisa la Sala que no efectuará ningún pronunciamiento frente a lo planteado en el recurso de apelación relacionado con los informes y demás datos



publicados en la página web de CHUBB LIMITED allegados con la alzada, toda vez que su aportación fue extemporánea, dado que la oportunidad procesal de la parte actora para aportar pruebas es con la demanda o su eventual reforma, de tal suerte que no es dable valorar esas instrumentales.

Y si bien el certificado de existencia y representación legal de la accionada **Ace Seguros S.A.** hoy **Chubb Seguros Colombia S.A.**, demuestra que si hay una situación de control societario sobre la sociedad colombiana por parte de la sociedad extranjera matriz llamada CHUBB LIMITED, quien *“ejerce situación de control indirectamente a través de Ace Ina International Holdings Ltd y otras filiales y/o empresas del grupo Ace sobre la sociedad de la referencia”*, instrumental que señala que el 11 de febrero de 2016 se aclaró que además *“CONFIGURA GRUPO EMPRESARIAL ENTRE LA SOCIEDAD MATRIZ CHUBB LIMITED Y LAS SUBORDINADAS: CHUBB DE COLOMBIA COMPANIA DE SEGUROS SAY ACE SEGUROS SA.”* (pp. 7-8 pdf 4), no es admisible que por el solo hecho de la relación de control se pueda establecer que las presuntas condiciones laborales pactadas con una compañía norteamericana distinta a la demandada le fueran imputables a la compañía encartada, quien es una persona jurídica diferente y la cual, según lo demostrado en el plenario, se obligó solo a lo plasmado en el contrato de trabajo celebrado en marzo de 2009 y a nada más y mucho menos cuando la pasiva abiertamente desconoció que las personas que iniciaron los correos electrónicos cuyas impresiones se aportaron a juicio fueran sus trabajadores o hicieran parte, de algún modo, de su organización, hecho aceptado por el mismo demandante, quien identificó a esas personas como externos de la compañía colombiana convocada a juicio.

Para la Sala es importante dejar claridad de que al no haber sido demandada la sociedad norteamericana con la que presuntamente el actor inició una relación laboral en 2006 en Miami, tal circunstancia impidió resolver los reparos que la apoderada del demandante formula en su recurso de apelación, con los que cuestiona la validez formal del contrato de trabajo que se inició y desarrolló en el territorio nacional desde marzo de 2009 señalando que tal vinculo en realidad es la continuación de la supuesta relación que el gestor inició en EEUU, asunto que desechó el juez a quo correctamente, ya que escapa del litigio, que se itera se limitó a resolver si la entidad colombiana era la única empleadora del demandante por todo el interregno reclamado.



En efecto, dicho problema jurídico fue resuelto de manera desfavorable al demandante, a quien le fueron negadas todas sus pretensiones, por la sencilla razón que la fuente de los derechos reclamados se sitúa, temporalmente hablando, en el periodo comprendido entre enero de 2006 al 22 de febrero de 2009, lapso en el cual, según los hechos descritos en el libelo introductorio por la apoderada del actor, el accionante estuvo laborando en Miami - EEUU, en virtud de un vínculo celebrado en Estados Unidos, cumpliendo su labor en ese país extranjero, inclusive, en su interrogatorio de parte, el propio demandante señaló que empezó a laborar en Colombia solo después de que fue deportado de los Estados Unidos de Norteamérica (14:30 carpeta 73), por ende, mal podía derivarse consecuencias jurídicas de dicho interregno contra la compañía colombiana, última que solo tenía a cargo las obligaciones surgidas del contrato de trabajo suscrito el 9 de marzo de 2009 con el actor en nuestro país y nada más, sin que fuera la entidad colombiana la llamada a soportar las consecuencias jurídicas reclamadas por el extremo activo de la litis por hechos y actos ocurridos fuera de Colombia y en los que la única demandada no participó y mucho menos cuando en juicio no se contó con la presencia del presunto empleador extranjero.

En últimas, lo que se pretendía con la demanda era condenar a la compañía colombiana, como si ella hubiera sido todo el tiempo la misma empresa norteamericana que supuestamente vinculó al actor desde 2006, pasando por alto que no se puede hacer responsable a una empresa nacional de actos desarrollados por un tercero fuera del país, en consecuencia, si era su anhelo cuestionar la validez formal del contrato de trabajo de 2009, para ello se insiste que debió vincular a las compañías involucradas, lo que no hizo.

Y es que no se puede argumentar que la sociedad colombiana, dentro de la regulación convenida con el actor para el desarrollo del contrato de trabajo celebrado en marzo de 2009 en nuestro país, acordó, acogió o se comprometió a continuar desarrollando unas condiciones previamente establecidas entre el demandante y una sociedad extranjera, pues si bien se allegaron copias de correos electrónico cuyo contenido indica que la empresa colombiana mantendría aspectos como el pago, entre otros, lo cierto es que no hay prueba contundente de que las personas que enviaron tales correos fueran funcionarios de la entidad colombiana o tan siquiera ostentaran una posición que la obligara a seguir tales compromisos, falencia probatoria que cuya resolución no fue posible precisamente por la decisión de la parte actora de solo



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

demandar a la organización colombiana, dejando de lado a la empresa norteamericana.

Así las cosas, más allá del estudio sobre la territorialidad de la legislación laboral colombiana que adelantó el juez a quo, lo cierto es que le bastaba con tan solo indicar que se pedía la responsabilidad de la sociedad colombiana por hechos de un tercero no llamado a juicio para negar las pretensiones, ya que al no acreditarse que el actor hubiera prestado su servicio personal para la única demandada **Chubb Seguros Colombia S.A.S.** por el lapso de enero de 2006 a febrero de 2009, no era posible imputarle responsabilidad por los presuntos salarios, compromisos y negligencias en las que pudo incurrir una compañía diferente a la accionada, mucho menos cuando tales circunstancias acaecieron en el exterior y, **al desvirtuarse que la pasiva se tratara de la misma sociedad americana mencionada en los hechos de la demanda**, no había lugar a imputarle las situaciones acontecidas antes de la firma del contrato de trabajo celebrado entre los contendientes.

La propia apoderada del demandante aduce en su recurso de apelación que el actor prestó servicios “*para toda Latinoamérica*” y se trataba de un “*trabajador a nivel regional*” y no nacional, por ende, es contradictorio que reclamara que la empresa nacional era igual a la empresa norteamericana, pues ello desdibujaría la diferencia entre trabajadores nacionales y extranjeros reclamada en su apelación con tanta vehemencia, de lo que se infiere que mal hizo al solo demandar a la sociedad colombiana, lo que conllevó a la ausencia de una eventual prosperidad de sus pretensiones.

Ello es así porque según lo planteado en la demanda, reclamó el pago de la diferencia salarial entre lo devengado en Miami y lo percibido en Colombia, pero es que la sociedad colombiana, se itera, como única accionada, solo estaba obligada al pago de los compromisos acordados en el contrato de trabajo celebrado en nuestro país y si el demandante quería ir más allá de lo plasmado en dicho instrumento, tenía que demostrar que el mismo era aparente y para ello debió demandar al presunto empleador extranjero que actuó bajo la fachada de la compañía colombiana, lo que no se hizo.

Del mismo modo, el reclamo de perjuicios por la deportación desde EEUU a Colombia no se podía adelantar contra la sociedad colombiana, pues los propios hechos de la demanda desmienten que hubiera sido esa compañía la que estaba radicada en Miami



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

y respecto de la cual ocurrieron los supuestos fácticos que llevaron a la expulsión del demandante de los Estados Unidos de Norteamérica, más aún cuando como se dijo, es un error equiparar la sociedad nacional con la supuesta compañía extranjera, como si se trataran de la misma persona jurídica.

En igual sentido, la prosperidad de las demás pretensiones reclamadas dependía de que el juez a quo aceptará que la subordinación del actor siguió ejerciéndose desde el extranjero, por tanto, si lo que se pretendía era acreditar el sometimiento a una compañía no colombiana, una vez más se recalca que carece de lógica que solo se hubiera demandado precisamente a una sociedad nacional, dejando fuera del debate a la otra compañía.

En lo único que le asiste razón a la apoderada del actor es en el hecho de que nuestra jurisdicción si ha considerado que contratos de trabajo celebrados en el extranjero, pero cuya ejecución se desarrolla en nuestro territorio nacional, se rigen bajo la legislación colombiana en virtud del artículo 2 CPTSS, norma que consagra el principio de territorialidad de la ley laboral bajo el principio jurídico de *lex loci solutionis* (CSJ SL5291-2018, CSJ SL4278-2022), por ende, si se hubiera acreditado que la relación laboral que inicio en 2006 en EEUU continuó en Colombia desde marzo de 2009 hasta febrero de 2016 habría sido posible analizar la aplicación de nuestra legislación laboral para resolver el asunto, sin embargo, tal debate no pudo adelantarse, al convocar a juicio a una sola de las sociedades involucradas, como se ha dicho a lo largo de esta providencia.

Por lo considerado, no se abre paso la apelación, dado que no podría asignársele responsabilidad a la sociedad colombiana por hechos que, se recalca, según lo relatado en la propia demanda, realizó una entidad extranjera en desarrollo de un contrato ejecutado en el extranjero y con anterioridad a la suscripción del contrato de trabajo celebrado en Bogotá D.C., a su vez, tampoco es admisible que esta Corporación condene a una compañía norteamericana que no fue convocada a juicio y que no ha tenido la oportunidad de defenderse, mucho menos bajo el desacertado argumento de que ambas compañías son la misma persona jurídica.

En consecuencia, no queda camino distinto que confirmar la sentencia apelada.

Así queda resuelto el recurso de apelación de la parte demandante.



Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca
Republica de Colombia

Costas. Se condenará en costas a la parte demandante por perder el recurso. Se fijan como agencias en derecho la suma de un (1) smlmv.

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

Resuelve:

Primero: Confirmar la sentencia apelada, conforme la parte considerativa de esta providencia.

Segundo: Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de un (1) smlmv.

Tercero: Devolver el expediente digitalizado al juzgado de origen, a través del uso de los medios tecnológicos respectivos. Secretaria proceda de conformidad.

Notifíquese y cúmplase,


MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN
Magistrada


EDUIN DE LA ROSA QUESSEP
Magistrado


JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA
Magistrado