



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 12-2018-00414-01**

Bogotá D.C., agosto treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: RUBY ARBELAEZ ARBELAEZ**

**DEMANDADO: COLPENSIONES  
AFP PROTECCIÓN SA  
AFP PORVENIR SA**

**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA  
(PORVENIR SA Y COLPENSIONES) // CONSULTA  
COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá el día 25 de marzo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

La parte demandante (fls.268) y la parte demandada Porvenir S.A (fls. 262) presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 3 de mayo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

## **ANTECEDENTES**

El (la) señor(a) Ruby Arbeláez Arbeláez instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A. y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 2, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare que Colmena AIG Cesantías y Pensiones (hoy AFP Protección S.A), al trasladar de Cajanal el 12 de agosto de 1994 asesoró a Ruby Arbeláez Arbeláez de manera errada e inadecuadamente, sin un análisis juicioso, y profesional sobre las reales circunstancias y las desventajas que implicaba el traslado al RAIS.
2. Se declare que AFP Porvenir S.A. no le suministro información completa, verídica y comprensible a Ruby Arbeláez Arbeláez antes de cumplir la edad de 47 años (esto es antes del 25 de noviembre de 2007) respecto del régimen pensional que le era más favorable para sus intereses atendiendo sus ingresos.
3. Que como consecuencia se decrete la nulidad del traslado al RAIS con la entidad Colmena AIG Cesantías y Pensiones hoy AFP Protección S.A.
4. Ordenar AFP Porvenir S.A. trasladar a la señora Ruby Arbeláez Arbeláez al RPM los aportes, rendimientos y semanas cotizadas a Colpensiones quien de acuerdo con el artículo 155 de la ley 1151 de 2007 es la única administradora estatal del RPM. En las mismas condiciones impetradas, como si nunca se hubiera surtido el traslado al RAIS.
5. Ordenar a Colpensiones aceptar el traslado de la señora Ruby Arbeláez Arbeláez al RPM administrado por esta entidad.
6. Se condene al pago de las costas procesales y agencias en derecho que se ocasionen con este proceso a las demandadas.
7. Que se aplique las facultades extra y ultra petita concedidas al despacho.

## **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls.103), AFP Protección SA (fls.144) y AFP Porvenir S.A. (fls.197) de acuerdo al auto del 4 de septiembre de 2018, Se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

## **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **Juzgado 12 laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 25 de marzo de 2021, **DECLARÓ** la ineficacia en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación y de cotización de la demandante Ruby Arbeláez Arbeláez, celebrada en su momento con la AFP Colmena hoy AFP Protección SA el 12 de agosto de 1994 formulario 1010039966, y la subsiguiente realizada con la AFP Porvenir S.A. del 24 de agosto de 2004 formulario No 10857513. **CONDENÓ** a Porvenir S.A. a la devolución de saldos aportes y rendimientos de la demandante Ruby Arbeláez Arbeláez con destino a Colpensiones. **ORDENÓ** a Colpensiones a aceptar el traslado de la demandante Ruby Arbeláez Arbeláez, y a recibir el monto de aportes, saldos y rendimientos ordenados sin reconocimiento al régimen de transición al no tener derecho sobre el particular. **ABSOLVIÓ** a las demandadas de las demás suplicas de la demanda, **DECLARÓ** no probada las excepciones formuladas por las demandadas. **NO CONDENÓ** en costas y **SOLICITÓ** en caso de no ser apelado el fallo, remitir para que se surta el grado jurisdiccional de consulta con el superior.

### RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandada (AFP Porvenir SA)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

#### **NULIDAD Y/O INEFICACIA:**

Manifiesta que no le asiste razón al fallador de primera instancia en declarar la ineficacia del traslado con base en una falta de información, cuando no le era obligatorio a Porvenir brindar la misma a la demandante, teniendo en cuenta la circular 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual tenía como única exigencia establecida a efectos de que se entendiera no solo materializado, sino válido el traslado del régimen pensional, que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario de conformidad con las disposiciones vigentes que había sobre el particular y tal y como ocurrió en el presente asunto. Manifiesta que Porvenir cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo y la permanencia de la actora en el Régimen de Ahorro Individual administrado la AFP ha sido una decisión libre, voluntaria e informada, que se ratificó en el tiempo.

También trae de presente la sentencia SL 3752 del 2020, emitida por la Magistrada Ana María Muñoz Segura el 15 de septiembre del 2020, en el que pone de presente que deben tomarse como actos de relacionamiento la suscripción de varios formularios por el afiliado como intención de permanecer en el Régimen de Ahorro

Individual, cosa que ocurre en el presente caso y que además, también trae como acto de relacionamiento la actualización de documentos, la actualización de direcciones, la actualización de su historia laboral, entre otras, manifiesta que en el presente caso ocurre, toda vez que la demandante dijo que una de las intenciones del traslado que haya efectuado de manera horizontal es por la actualización de su historia laboral.

Expresa que no se puede decir que se haya faltado al deber de información por no aportar documentos en la época del traslado, toda vez que, conforme a la normatividad vigente que había sobre el particular no le era exigible a Porvenir ni a Protección, en ese momento Colmena, brindarle asesoría aportando documentos, esto es, una proyección pensional o cualquier otro documento relativo a la pensión, o que llevase a dar luces a lo que podía ser la pensión de vejez de la demandante.

Manifiesta que se debe tener en cuenta que esta obligación si surge a partir de la ley 1748 del 2014 que es la que hace la alusión de la obligación que tienen las AFP'S de hacer una proyección total de todo lo que en pensión se refiere y establece la obligación de enviar extractos de cuenta de ahorro individual, y dice que como esta entra en vigencia el 26 de diciembre de 2014, no se puede tener en cuenta el no aporte de documentos como una falta de información, toda vez que, para la época del traslado tanto con Colmena y Porvenir, no le era obligatorio a las AFP'S brindar documento alguno.

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

Interpone recurso solamente en lo que tiene que ver con la devolución de cotizaciones y rendimientos por parte del fondo privado a Colpensiones para que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá ordene a la administradora del fondo privado la devolución de los gastos de administración en atención a lo siguiente:

Dentro de una de las tantas sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia Sala Casación Laboral, más exactamente la proferida por la honorable Magistrada ponente Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la sentencia SL 3464 de 2019 radicación No. 76284 del 14 de agosto de 2019, se expuso dentro de su parte considerativa lo siguiente:

*"Las consecuencias prácticas de la ineficacia: En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en la sentencia CSJ SL1688-2019 explicó que las consecuencias prácticas de*

*la primera declaración son idénticas a la de la segunda. Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica entendida en su acepción general, bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás.*

*Ahora bien, como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él para dilucidar el problema planteado:*

*La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.*

*Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc.*

*En la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.*

*Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones."*

Manifiesta entonces que en ese sentido y dado como se presenta dentro del presente caso, es necesario que la administradora del fondo privado reintegre no

solamente las cotizaciones y rendimientos, sino también los gastos de administración a Colpensiones al entenderse el negocio jurídico ineficaz.

Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia solamente en cuanto a lo que se refiere con la condena a devolver a Colpensiones los rendimientos y cotizaciones, y también se reintegren y hagan parte de la devolución los gastos de administración.

#### CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Protección SA efectuado por el (la) señora **Ruby Arbeláez Arbeláez** el día 12 de agosto de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Porvenir S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado incluidos los gastos de administración, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Colmena SA hoy AFP Protección S.A., el 12 de agosto de 1994 con efectividad a partir del 1° de septiembre de 1994, y posteriormente solicitó trasladarse a la AFP Porvenir S.A. el día 24 de agosto de 2004 con efectividad a partir del 1° de octubre de 2004 (fl.205).

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

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

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo

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

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

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

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

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde recordó la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado

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

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo de la demandante. AFP Protección S.A. aportó: formulario de vinculación Colmena, copia del certificado ASOFONDOS SIAFP, certificado de aportes trasladados a AFP Porvenir S.A., Concepto de Superfinanciera No 2015123910-002, comunicado de prensa año de gracia. AFP Porvenir S.A. aportó: copia del certificado de afiliación, certificado ASOFONDOS SIAFP, historia laboral del Ministerio de Hacienda Pública y Crédito Público válida para bono pensional, copia de la relación de aportes a nombre del demandante, formulario de afiliación del 24 de agosto de 2004, edicto emplazatorio diario El Tiempo.

Es decir que el fondo demandado no allega ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 12 de agosto de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, además teniendo en cuenta que el asesor citado como testigo no hizo presencia en la audiencia (fl.254) no se puede corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total

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

Claramente para el momento del traslado 12 de agosto de 1994, la demandante tenía 262 semanas (fl48) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 33 años (nació el 25 de noviembre de 1960 – fl 228) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, al llegar a los 57 años de edad podría haberse pensionarse en el RPM (actualmente ha cotizado más de 1442 semanas – fl48), en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, situación que de hecho representaría una desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital con lo cual se disminuiría ostensiblemente la mesada pensional, y que para tener una siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características,

determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

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

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

Ahora bien, si bien el demandante no estuvo afiliada al extinto ISS hoy Colpensiones, sino a una caja de previsión CAJANAL, ha de traerse a colación la sentencia SL752 Rad. 72260 del 4 de marzo de 2020, en la que nuestro máximo órgano de cierre adoctrino "Tampoco halla la Sala desinteligencia en la inferencia del juez plural consistente en que una vez entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, la actora resulto afiliada automáticamente al régimen de prima media, y que esta resultó siendo su primera selección, pues ninguna intelección se ofrece más coherente si de interpretar las normas aplicables al caso bajo examen a saber: artículos 52 y 28 de la ley 100 de 1993, 6 y 34 del Decreto 693 de 1994 y 1 del Decreto 1888 de 1994, referentes a la facultad concedida por la ley a las cajas de previsión que preexistían a la vigencia de la Ley 100 de 1993, de administrar el régimen de prima media con prestación definida entre ellas la Caja Nacional de Previsión Social."

Finalmente, respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada Colpensiones en cuanto a que se incluya la devolución de gastos de administración, debe resaltarse que efectivamente lo que debe propender en el presente asunto es el derecho a la seguridad social de la demandante, el cual se encuentra consagrado en el artículo 48 de la constitución política, y no puede verse afectado por ningún motivo, y en ese sentido las AFP deberán realizar la devolución de los dineros a Colpensiones, esto es, cotizaciones, junto con los rendimientos, así como los gastos

de administración y las primas de seguros previsionales, pues fue descontado del aporte efectuado por el afiliado, y en ese sentido no se puede ver afectado su derecho a la seguridad social, por el simple hecho de haberse trasladado al RAIS, pues se reitera que la consecuencia de la nulidad y/o ineficacia de traslado es retornar las cosas como si no hubiese existido el traslado. Por tal motivo se concede la súplica de la demandada Colpensiones de adicionar la sentencia para Ordenar a los fondos a devolver los gastos de administración, así como las primas de seguros previsionales.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señora **Ruby Arbeláez Arbeláez** de CAJANAL hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Colmena hoy AFP Protección SA el 12 de agosto de 1994. y en consecuencia el traslado posterior a la AFP Porvenir S.A, aclarando que, con la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores descontados por los diferentes fondos por concepto de gastos de administración y primas de seguros previsionales, ya que dichos montos pertenecen al sistema general de seguridad social con el cual se financiara la pensión.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

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

#### **COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:**

Por resultar desfavorable el recurso al apelante AFP Porvenir SA, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia proferida el 25 de marzo de 2021 por el juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, bajo el entendido que al declararse la ineficacia del traslado, han de devolverse todos los valores descontados por AFP Protección S.A y AFP Porvenir S.A. por concepto de gastos de administración y primas de seguros previsionales

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada AFP Porvenir SA y a favor de la parte actora. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de la apelante; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310501220180041401)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310501220180041401)



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310501220180041401)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**  
**SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA**  
**Magistrado Sustanciador**

**Radicación 27-2015-00924-01**

Bogotá D.C., agosto treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

DEMANDANTE: **WILSON BUENO LADINO**  
DEMANDADO: **SEGURIDAD GOLAT LTDA**  
ASUNTO : **RECURSO DE APELACION (DEMANDANTE)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 27° Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de noviembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

La apoderada de la parte demandante (fl. 151 a 154), presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 26 de febrero de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El señor **WILSON BUENO LADINO** instauró demanda ordinaria laboral contra la empresa seguridad Golat Ltda con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fls. 3 a 22):

1. Que se declare que entre el señor Wilson Bueno Ladino y la sociedad Seguridad Golat Ltda nit 900.252.445-1 representada legalmente por el señor Edgar Mauricio Montoya Fandiño, existió un contrato de trabajo a término fijo de 4 meses renovable cada cuatro meses y por periodos iguales.

2. Que se declare que el contrato de trabajo, suscrito entre la empresa seguridad Golat Ltda y el señor Wilson Bueno Ladino al no presentar ninguna de las partes aviso escrito a la otra, sobre su deseo de dar por terminado el contrato asumieron las renovaciones tácitas, con cuatro prorrogas y por lo tanto de conformidad con el numeral 2 del artículo 46 del código sustantivo del trabajo, modificado por el decreto 2351 de 1965 artículo 4, reformado por la ley 50 de 1990, artículo 3, el contrato tuvo las siguientes renovaciones y vigencias: Vigencia inicial: contrato descrito desde el 1 de agosto de 2011 al 30 de noviembre de 2011
  - Primera renovación tácita: desde el día 1 de diciembre de 2011 al 31 de marzo de 2012
  - Segunda renovación tácita: entre el día 1 de abril de 2012 al 31 de julio de 2012
  - Tercera renovación tácita: entre el 1 de agosto de 2012 y el 30 de noviembre de 2012
  - Cuarta renovación tácita: entre el 1 de diciembre de 2012 al 31 de marzo de 2013
3. Que se declare que el contrato de trabajo a término fijo suscrito entre el poderdante y la sociedad Seguridad Golat Ltda en su última vigencia quedó renovado por el término de 1 año de acuerdo a la normatividad laboral existente (art 46 CST)
4. Que se declare que el contrato de trabajo suscrito entre el señor Wilson Bueno Ladino y la firma Seguridad Golat Ltda, terminó por causas imputables al empleador, dados los incumplimientos en los pagos de los salarios, la no afiliación a la seguridad social y a las cajas de compensación familiar, contrato que terminó para el día 1 de enero de 2013, fecha en la que presento renuncia el representado.
5. Que se declare que la empresa Seguridad Golat Ltda, No cumplió con la obligación legal, de suministrar permanentemente y periódicamente el calzado y vestido de labor a su empleado señor Wilson Bueno Ladino.
6. Que se declare que la compañía Seguridad Golat Ltda, no reconoció ni canceló a mi mandante los recargos que por concepto de horas extras, trabajos nocturnos, dominicales, y festivos, se generaron al realizarse trabajos en jornadas diarias de doce horas, de Lunes a Domingos, durante todo el periodo de vigencia del contrato de trabajo.
7. Que se declare que la firma Seguridad Golat Ltda, no pagó las primas de servicio, de mitad y fin de año, del periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2011 al 31 de diciembre de 2012

8. Que se declare que la sociedad Seguridad Golat Ltda, no pagó ni concedió las vacaciones correspondientes al periodo entre el 1 de agosto de 2011 al 31 de diciembre de 2012.
9. Que se declare que la firma Seguridad Golat Ltda , No pagó las cotizaciones obligatorias al régimen de salud y pensiones del sistema general de seguridad social, en los meses de agosto, septiembre, y octubre de 2011.
10. Que se declare que la sociedad Seguridad Golat Ltda, no canceló las cotizaciones obligatorias al régimen de salud y pensiones del sistema general de seguridad social ,en los meses de septiembre, octubre noviembre y diciembre de 2012
11. Que se declare a la Seguridad Golat Ltda, desafilió sin justa causa de la caja de compensación familiar COMPENSAR al señor Wilson Bueno Ladino, en el mes de septiembre de 2012 estando el contrato vigente.
12. Que se declare que la firma Seguridad Golat Ltda, No canceló el último mes laborado por el señor Wilson Bueno Ladino, ello es diciembre de 2012.
13. Que se declare que la empresa Seguridad Golat Ltda , no pagó las Cesantías correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2011 al 31 de diciembre de 2012.
14. Se declare que la sociedad Seguridad Golat Ltda ,no canceló los intereses de las cesantías correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2011 al 31 de diciembre de 2012.
15. Que se declare que la empresa Seguridad Golat Ltda, no pagó al señor Wilson Bueno Ladino, la suma correspondiente a la indemnización por despido injustificado.
16. Que se declare que la firma Seguridad Golat Ltda , no canceló al señor Wilson Bueno Ladino, la suma correspondiente a la indemnización moratoria con ocasión al incumplimiento de la obligación de pagar las prestaciones sociales y seguridad social en su debido momento.

De condena

Como consecuencia de lo anterior solicita se sirva en contra de la Seguridad Golat Ltda, y solidariamente a los socios capitalistas o condueños Edgar Mauricio Montoya Fandiño e Ingrid Rueda Jiménez proferir en condena que

1. Que se condene a la empresa Seguridad Golat Ltda. y solidariamente a los socios capitalistas o condueños Edgar Mauricio Montoya Fandiño e Ingrid Rueda Jiménez, al pago en dinero de los 3 vestidos y tres pares de zapatos dejados de suministrar durante la vigencia del contrato de trabajo, en el

- periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2011 y el 31 de diciembre de 2012.
2. Que se condene a la compañía Seguridad Golat Ltda y solidariamente a los socios capitalistas o condueños Edgar Mauricio Montoya Fandiño e Ingrid Rueda Jiménez a cancelar al demandante los recargos que por concepto de horas extras, trabajos nocturnos, dominicales y festivos se generaron o causaron todo el periodo de vigencia del contrato de trabajo.
  3. Que se condene a la compañía Seguridad Golat Ltda. los socios capitalistas o condueños Edgar Mauricio Montoya Fandiño e Ingrid Rueda Jiménez, a la cancelación de las primas de servicio, de mitad y fin de año, correspondiente al periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2011 y el 31 de diciembre de 2012.
  4. Que se condene a la compañía Seguridad Golat Ltda. los socios capitalistas o condueños Edgar Mauricio Montoya Fandiño e Ingrid Rueda Jiménez, al pago de las vacaciones a que tiene derecho el señor Wilson Bueno Ladino, correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2011 y el 31 de diciembre de 2012.
  5. Que condene a la compañía Seguridad Golat Ltda. los socios capitalistas o condueños Edgar Mauricio Montoya Fandiño e Ingrid Rueda Jiménez, al pago de las cotizaciones obligatorias al régimen de salud y pensiones del sistema general de seguridad social en los meses de agosto, septiembre, y octubre de 2011.
  6. Que se condene a la compañía de Seguridad Golat Ltda. los socios capitalistas o condueños Edgar Mauricio Montoya Fandiño e Ingrid Rueda Jiménez, al pago de las cotizaciones obligatorias al régimen de salud y pensiones del sistema general de seguridad social en los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2012.
  7. Que se condene a la compañía Seguridad Golat Ltda. los socios capitalistas o condueños Edgar Mauricio Montoya Fandiño e Ingrid Rueda Jiménez, a la cancelación de los aportes pendientes por concepto de caja de compensación familiar, por los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2012.
  8. Que se condene a la compañía Seguridad Golat Ltda. los socios capitalistas o condueños Edgar Mauricio Montoya Fandiño e Ingrid Rueda Jiménez, al pago del salario adeudado al señor Wilson Bueno Ladino, que corresponde al último mes laborado, diciembre de 2012.
  9. Que condene a la compañía Seguridad Golat Ltda. los socios capitalistas o condueños Edgar Mauricio Montoya Fandiño e Ingrid Rueda Jiménez, al

- pago de las cesantías correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2011 al 31 de diciembre 2012.
10. Que se condene a la compañía Seguridad Golat Ltda. los socios capitalistas o condueños Edgar Mauricio Montoya Fandiño e Ingrid Rueda Jiménez, al pago de los intereses de las cesantías correspondientes al periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2011 al 31 de diciembre 2012.
  11. Que se condene a la compañía Seguridad Golat Ltda. los socios capitalistas o condueños Edgar Mauricio Montoya Fandiño e Ingrid Rueda Jiménez, al pago de la suma correspondiente a la indemnización por despido injustificado.
  12. Que se condene a la compañía Seguridad Golat Ltda. los socios capitalistas o condueños Edgar Mauricio Montoya Fandiño e Ingrid Rueda Jiménez, a pagar a favor del señor Wilson Bueno Ladino, la suma correspondiente a la indemnización moratoria con ocasión del incumplimiento de la obligación de las prestaciones sociales y seguridad social en el momento o tiempo debido.
  13. Que se condene a la compañía Seguridad Golat Ltda. los socios capitalistas o condueños Edgar Mauricio Montoya Fandiño e Ingrid Rueda Jiménez, al pago de los demás derechos probados de acuerdo a las facultades ultra y extra petita.
  14. Que se condene a la compañía Seguridad Golat Ltda. los socios capitalistas o condueños Edgar Mauricio Montoya Fandiño e Ingrid Rueda Jiménez, al pago de las agencias en derecho y las costas del proceso.

### CONTESTACION DE DEMANDA

La empresa demandada no contestó la demanda según auto del 16 de marzo de 2017, y su notificación procesal se surtió por conducta concluyente, visible a fl. 83, por cuanto el *A Quo* procedió a nombrar curador ad litem de acuerdo al auto de folio 105, curadora que presentó escrito pero que no fue válido como contestación de la demanda como obra a folio 107 y 111.

### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

**NEGÓ** las pretensiones de la demanda formuladas por el señor WILSON BUENO LADINO, **ABSOLVIÓ** de las mismas a los demandados SEGURIDAD GOLAT LTDA., EDGAR MAURICIO MONTOYA FANDIÑO e INGRID RUEDA JIMENEZ, conforme lo expuesto en la parte motiva de la providencia **DECLARÓ** PROBADA

la excepción de INEXISTENCIA DE RELACIÓN LABORAL ENTRE EL DEMANDANTE Y LOS DEMANDADOS EN LOS TIEMPOS QUE ARGUMENTA formulada por la parte demandada, conforme lo expuesto en la parte motiva de la providencia **CONDENÓ** en costas al demandante en la suma de \$300.000 como agencias en derecho a favor de cada uno de los demandados.

### RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** presentó recurso de apelación en los siguientes puntos de decisión:

La apoderada manifiesta que presenta recurso de apelación, toda vez que considera que no se ajusta a todo el acervo probatorio que se recaudó, y que la inconformidad se basa en:

1. Difiere de la decisión de no tener en cuenta la certificación aportada dentro de la demanda con la presentación de la demanda porque no fue tachada de falsa en el proceso y esa certificación se presentó desde el inicio, y además que la señora Ingrid no prueba que no era la jefe de recursos humanos, además que se prueba que no es la firma de ella, y que la firma que está impresa si es su firma.
2. Manifiesta que cuando dice la señora juez que no hay posibilidad de tener fecha de inicio en el contrato, dice que se hizo la solicitud del contrato para que la juez se los trasladara a la parte demandada porque el señor no tuvo ese documento, y la empresa debe tener en el archivo el contrato, dice que el contrato que aportan no es el del inicio del contrato, y dice que en las documentales aportadas Colfondos, Compensar y Porvenir reportan la entidad Golat Ltda, dicen que la entidad lo reportó desde el 01 de agosto de 2011, por ende lo que se determinó dista mucho de la realidad, porque las entidades certifican que sí lo contrató desde el 01 de agosto de 2011
3. Frente al testimonio del testigo, dice que se tome en cuenta cuando el testigo dice que él si conoció a Wilson que él trabajaba y que tenía contrato a término fijo, toda vez que él salió del trabajo y Wilson seguía trabajando en diciembre, por ende considera que no es de recibo que la juez determine que no tiene certeza.
4. Manifiesta que se debe hacer prueba grafológica para mirar si no era la firma de la señora, pues cuando se pedían esas certificaciones de salud y otras, tenían que llevar la firma de ella, y que la otra persona que era del área de recursos humanos no firma, pero que es claro que la señora

Ingrid dice que era un contrato a término fijo y que estaba vigente a diciembre de 2012, la apoderada Invoca el decreto 806 del 04 de junio de 2020 donde se establece que los recursos se pueden ampliar, que estos anteriores son los principales pero que los ampliará.

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

## CONSIDERACIONES

### DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1. la existencia de una relación laboral a término fijo, vigente inicialmente entre el 1 de agosto de 2011 al 30 de noviembre de 2011 con una primera renovación tácita desde el día 1 de diciembre de 2011 al 31 de marzo de 2012, con segunda renovación tácita entre el día 1 de abril de 2012 al 31 de julio de 2012, con una tercera renovación tácita entre el 1 de agosto de 2012 y el 30 de noviembre de 2012, y con una cuarta renovación tácita entre el 1 de diciembre de 2012 al 31 de marzo de 2013, desempeñándose el demandante en el cargo de guarda de seguridad, y percibiendo un salario mínimo legal mensual vigente. 2. En caso afirmativo de declarar la relación laboral, determinar el pago de las prestaciones solicitadas en la demanda.

### EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL Y EXTREMOS DEL CONTRATO:

La Sala acomete el estudio minucioso de la prueba testimonial y documental obrante dentro del plenario a fin de establecer si entre las partes existió una relación laboral en los términos indicados en la demanda y de sus extremos temporales, o si como lo concluyera el juzgador de primer grado, negar las pretensiones introducidas en el libelo introductorio.

De acuerdo a lo anterior, Conforme lo consagra el art. 22 del C.S.T., el contrato de trabajo debe entenderse como *"aquél por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración"*.

Así pues, para que resulten probadas sus pretensiones, es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 23 del C.S.T., que dispone la existencia de tres elementos para la configuración del contrato de trabajo a saber: 1) **la actividad personal del trabajador**, 2) **remuneración** y 3) **la subordinación**, la cual, valga aclarar, se diferencia de los anteriores al ser sólo predicable en la existencia de un contrato de trabajo.

No obstante, adicional a lo mencionado, al encontrarse la necesidad de declarar la existencia del contrato de trabajo a término fijo, es imprescindible tener en cuenta lo que versa en el artículo 46 del C.S.T. "el contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres (3) años, pero es renovable indefinidamente"

De encontrarse acreditados los elementos mencionados, el contrato de trabajo así tenga una denominación formal propia, debe ser tomado como lo que realmente es y no lo que aparenta ser. En apoyo de ello nuestra Constitución Política en el artículo 53 consagra el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Ahora bien, el artículo 24 del C.S.T. establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración, quedando a cargo de quien la niega, la carga probatoria de acreditar que esa relación no era subordinada, o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Descendiendo al *sublite*, encontramos que el demandante en su interrogatorio de parte, manifiesta que, prestó como servicio a la empresa, recibir la correspondencia, abriendo y cerrando puertas y vigilando, que la jefe inmediato fue la señora Ingrid, que era quien le daba órdenes, que el pago de salario lo hacían personalmente en efectivo, que se lo pagaban pero que no había horario fijo, que le pagaban a veces incluso la 1 am o en horarios variables, que con la empresa se termina el contrato porque vio que no tenía aportes a seguridad social entonces que se retiró, que envió la carta de retiro el 01 de enero de 2013, que se retiró porque la esposa estuvo enferma, que se fue directamente a la eps y solicitó su historial. Que se retiró el 30

de diciembre de 2012, que firmó un solo contrato cuando inició labores sin embargo no lo presenta en el expediente para efectos probatorios, dice que el contrato que obra en el expediente a término indefinido, no lo firmó él, pero tampoco lo tacharon de falso den la etapa correspondiente del proceso.

El demandado Edgar Mauricio Montoya Fandiño, por su parte, no niega ni afirma la existencia de la relación laboral en los términos planteados en la demanda, indicando que no podía contestar de fondo porque no era la persona encargada para los temas de contratación dentro de la empresa, manifiesta que no tiene documentos en ese momento, que tendría que constatar el tipo y modalidad del contrato de trabajo, que normalmente pagan el salario mínimo, pero que no sabe cuánto le pagaban al demandante, a la pregunta sobre quién era el jefe inmediato de los trabajadores, responde que normalmente es el jefe de operaciones para los vigilantes, frente a la pregunta de la ausencia del último pago al demandante, dice que no es cierto porque siempre han pagado todo, que frente a los recargos y horarios nocturnos, dice que no es cierto que siempre pagan todo, frente a que si no se le cancelaban las prestaciones sociales y demás pagos, dice que no es cierto que siempre se paga todo, dice que no es cierto que Ingrid sea jefe de recursos humanos o lo fuera, que ella era la subgerente.

La demandada Ingrid Rueda Jiménez por su parte, manifiesta en su interrogatorio de parte, que es la subgerente, y que es socia de la empresa, que cuando la empresa funcionaba siempre fue subgerente, que en el tiempo que el demandante relaciona, ella tuvo licencia de maternidad y que se tomó 9 meses porque fue un parto complicado, que salió del país y que lo puede probar con el pasaporte donde se puede ver claramente que ella ni se encontraba en el país, frente al certificado firmado por ella como jefe de recursos humanos, manifiesta que no es la firma de ella la que tiene el documento, así mismo dice que no recuerda con precisión quién era la persona encargada de recursos humanos para la época pues como ya lo dijo no se encontraba asistiendo a la oficina para la época.

Ahora bien, como sustento de su pretensión, el demandante allegó al plenario las siguientes pruebas: Original del certificado de existencia y representación legal de la empresa seguridad Golat Ltda. Expedido por la cámara de comercio de Bogotá, Original de 2 (dos) certificaciones laborales expedidas por la sociedad Seguridad Golat Ltda. Fechadas de marzo 26 de 2012 y diciembre 06 de 2012, suscritas por Mary Rincón Manrique, departamento de personal, e Ingrid Rueda Jiménez recursos humanos, respectivamente, Original de Camet de la empresa Seguridad Golat Ltda.

A nombre de Bueno Ladino Wilson, Original de carnet de Positiva, Copia de la carta de renuncia motivada del demandante con fecha de 01 de enero de 2013, copia del escrito con la cual devuelve indumentaria (uniforme) y placa empresarial, copia de 3 certificados de afiliación a Salud Total EPS, expedidas el 26 de noviembre de 2012, 21 de diciembre de 2012 y 12 de junio de 2013. Copias de 2 certificaciones de afiliación a la caja de compensación familiar COMPENSAR expedidas el 24 de noviembre de 2012 y el 17 de junio de 2013, reporte del estado de cuenta de la AFP Colfondos SA del demandante, certificación expedida por Provenir SA, copia de citaciones de conciliaciones ante el Ministerio del Trabajo.

Por otro lado, rindió testimonio el Sr Jenides Enrique Bolaños, quien indicó que actualmente es vigilante, que con el señor Wilson Bueno son amigos pues lo conocía desde el año 2012 cuando trabajaban en la empresa Golat Ltda, que se conocieron entre septiembre y octubre del 2012, a su vez manifestó que él trabajaba en la 168 y que el señor Wilson llegó a cubrir en relevo de varios puestos, que hacía relevos en dos porterías a los compañeros todos los días, que en ese entonces cumplían cuatro turnos de 6 a 6, que varias veces estuvieron en el mismo turno mientras duró los 3 meses hasta cuando se retiró en noviembre a finales, y que cuando él se retiró el señor Wilson seguía trabajando, que no les pagaban seguridad social en la empresa, que desde el inicio se daban cuenta que no les pagaban esos conceptos en salud cuando iban a pedir una cita médica, que el lugar de trabajo era un conjunto residencial, que él sabe que a Wilson no le habían pagado nada porque Wilson le dijo eso, que ganaban en esa época, ochocientos veinte mil pesos.

\$820.000

Analizado lo expuesto, y conforme al material probatorio obrante dentro del plenario, para probar la existencia del contrato a término fijo en las fechas que se relacionan en el libelo introductorio de la demanda, se encuentra que, la parte actora no aportó contrato por escrito debidamente firmado por las partes, que la parte demandada relaciona otras fechas para demostrar el vínculo laboral, pues manifiesta que la relación con el trabajador ocurrió fue del 02 de agosto de 2012, que en los archivos de la empresa el egreso se dio el 30 de octubre de 2012, y que todo se le pagó el 05 de noviembre de 2012, además, la caja de compensación familiar dice que la empresa de Seguridad Golat lo afilió el 19 de marzo 2012, y que su retiro se dio el 30 de sept de 2012, por su parte Colfondos dice que hubo aportes del 01 de agosto de 2011 fls 33 y 34, pero Golat hizo aportes del 01 de noviembre 2011 a 01 de diciembre de 2012 en intermitencia.

Ahora bien, frente al testimonio el Sr Jenides Enrique Bolaños, si bien manifiesta que trabajó y compartía en el lugar de trabajo con el demandante, no es posible sustraer de su versión las fechas sustento de la demanda, y a la vez resulta contradictorio para verificar la prestación personal del servicio del demandante, toda vez que el testigo manifiesta que cumplían con horarios laborales similares, pero posterior a ello manifiesta que trabajaban haciendo relevos de otros trabajadores en horarios diferentes, turnos diurnos y nocturnos.

Así las cosas, como no es posible corroborar la existencia del contrato a término fijo ya que no se cumple con los requisitos del art 46 del C.S.T., el operador judicial no puede fallar sobre supuestos de hecho, sino sobre los documentos probados, toda vez que el lapso de los 4 meses no se prueba dentro de un contrato a término fijo en los términos señalados en la demanda, confirma.

Finalmente, la Sala despacha desfavorablemente el recurso de apelación presentado por la parte demandante, y en su lugar se **CONFIRMARÁ** en su integridad la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado 27° Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de noviembre de 2020.

#### **COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:**

Por resultar desfavorable el recurso al apelante, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte demandada; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 23 de noviembre de 2020 por el Juzgado 27° Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a

medio (1/2) SMLMV; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310502720150092401)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310502720150092401)



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310502720150092401)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
**Magistrado Sustanciador**

**Radicación 28-2018-00267-01**

Bogotá D.C.; agosto treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: SANDRA MAYERLY GAITAN JAMAICA**  
**DEMANDADOS: SEFARCOL SA**  
**ASUNTO : RECURSO APELACION DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 28° Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de febrero de 2021 en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

La parte demandante no presenta alegatos de conclusión conforme lo determina la Ley por medio de apoderado judicial y la demandada consta a fl. 416, presenta alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 08 de marzo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

La señora Sandra Mayerly Gaitán Jamaica instauró demanda ordinaria laboral contra Sefarcol S.A, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos (fls. 3 a 11):

1. Que se declare que entre SEFARCOL PRODUCTOS Y SERVICIOS SA como empleador y Sandra Mayerly Gaitan Jamaica como trabajadora se celebró contrato laboral a término indefinido para personal de confianza y manejo
2. Que se declare que entre SEFARCOL PRODUCTOS Y SERVICIOS SA como empleador y Sandra Mayerly Gaitan Jamaica como trabajadora, se pactó una comisión por venta, la cual quedó plenamente establecido en el artículo tercero del contrato de trabajo.
3. Que se condene a la sociedad demandada a pagar a la demandante la comisión por venta derivado del contrato de trabajo, y que a la presentación de la demanda asciende a la suma de trescientos ochenta y tres millones setecientos sesenta mil doscientos cincuenta y nueve pesos (\$383.760.259) el cual se entiende como parte del salario según el artículo 127 del código sustantivo del trabajo
4. Que se condene a la sociedad demandada a pagar la indemnización por falta de pago de la comisión por venta, entendida como acreencia laboral dejada de cancelar, según el artículo 127 del CST, a razón de un salario diario por cada día de retardo, hasta completar 24 meses de mora, de habla el numeral 1 del artículo 365 del CST y que a la fecha de presentación de la demanda ascienden a la suma de ocho millones de pesos (\$8'000.000)
5. Que se condene a pagar a los demandados todas las acreencias laborales que de manera extra y ultra petita resulten probadas dentro del curso del proceso.
6. Que se condene en costas y gastos a la sociedad demandada.

#### CONTESTACION DE LA DEMANDA

La sociedad **SEFARCOL S.A.** contestó la demanda (fls. 131 a 153), de acuerdo al auto visible a folio 126. Se opone a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

#### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 28° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 18 de febrero de 2021, **ABSOLVIÓ** a la demandada SEFARCOL SA a la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante la señora Sandra Mayerly Gaitán Jamaica de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva. **DECLARÓ** probadas la excepción formulada por la pasiva que denominó inexistencia de las obligaciones reclamadas, relevándose el despacho del estudio

de los demás medios exceptivos propuestos. **CONDENÓ** en **COSTAS** a cargo de la parte demandante, señalando como agencias en derecho la suma de un millón quinientos mil pesos \$1'500.000.

### RECURSO DE APELACION

La parte **demandante** interpuso recurso de apelación

Sustenta el recurso en el art 66 del CST, y manifiesta que, si bien la demandante tuvo como función en su cargo ser gestora comercial lo cual fue indispensable para hacer el acuerdo con L'Oreal, manifiesta que está en desacuerdo a lo dicho por la instancia, al sustentar que, como fue un trabajo en conjunto entonces que eso significaría que se les reconociera a todos los trabajadores, manifiesta que eso no es cierto porque los contratos de todos ellos no tenían pactados comisiones como sí lo tiene el contrato de la señora Sandra Gaitán, por ende resalta que si L'Oreal tenía o no negocios o si era un cliente antiguo había que mirar primero si el negocio era nuevo y que por ello la razón del proceso licitatorio, que el hecho que se invitara a Sefarcol por parte de Loreal a participar hay que mirar también la gestión de la demandante y que por sus funciones se llegó finalmente a la celebración el acuerdo con L'Oreal, por ende ahí tendría derecho a comisión, manifiesta que el valor del contrato se debe calcular con la facturación y el volumen de los productos contratados, y que la parte demandada presenta solo la facturación de un mes, por ende el descorro del 13 de enero de 2020 del apoderado que sustenta, dejó esa anotación que se debería haber pedido a Sefarcol que aportara a lo que efectivamente se logró en ventas, y no que lo presentaran de manera parcial, por ende considera que debió pedirse la integridad de la facturación que podía ser determinante.

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

## CONSIDERACIONES

### DE ORDEN FACTICO Y JURIDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: 1) Si conforme al material probatorio recaudado, con la suscripción del contrato, hay lugar a condenar a la demandada al pago de la comisión por venta a favor de la demandante por un negocio licitatorio con L'Oreal en el año 2017.

### EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:

No es motivo de inconformidad, y por el contrario quedó plenamente acreditado que las partes suscribieron un contrato de trabajo a término indefinido desde el 7 de febrero de 2017, para personal de confianza y manejo, conforme el contrato de trabajo visible a folios 159 a 163.

Que la relación laboral se dio por terminada de manera unilateral por parte del empleador, en medio de una terminación unilateral sin justa causa el 17 de noviembre de 2017, conforme documental visible a folios 191.

### PAGO DE COMISIÓN

La parte actora solicita el pago de la comisión por venta según contrato suscrito con la compañía SEFARCOL SA y pide que se condene a la sociedad demandada a pagar a la demandante la comisión por venta derivado del contrato de trabajo, y que a la presentación de la demanda asciende a la suma de trescientos ochenta y tres millones setecientos sesenta mil doscientos cincuenta y nueve pesos (\$383.760.259).

Descendiendo al caso bajo examen, para acreditar la terminación del vínculo laboral que ató a las partes por causas imputables al empleador, reposa a folio 189 del expediente obra notificación expresa presentada por la parte demandada del 17 de noviembre de 2017, donde informa la terminación del contrato sin justa causa y confirma se le reconocerá su indemnización con liquidación definitiva de salarios y prestaciones sociales legales correspondientes, firmada por la gerente general Sra. Sofia Castillo Espitia.

Ahora bien, para acreditar el derecho que le asistiría a la demandante, reposa a folio 159 el contrato a término indefinido, en su Clausula tercera y manifiesta que:

TERCERA. SALARIO. *Por esta incorporación de su trabajo, mediante el cumplimiento de las obligaciones a cargo del TRABAJADOR, el EMPLEADOR pagará como remuneración: A SUELDO BÁSICO La Empresa pagará a favor del TRABAJADOR CUATRO MILLONES DE PESOS MCTE (\$4'000.000) como remuneración básica, pagaderos quincenalmente. PARAGRAFO: Las partes convienen y reiteran en reconocer, que conforme a lo establecido en el artículo 128 del C.S.T que ninguno de los beneficiarios o auxilios habituales u ocasionales acordados contractualmente u otorgados unilateralmente en forma extralegal por EL EMPLEADOR, pagados directa o indirectamente al trabajador, tales como bonos por resultados, alimentación, vestuario, viáticos, medios de transporte, o en general toda prima, auxilio o comisión de tal naturaleza, constituyen base salarial para ningún efecto, como tampoco para las prestaciones sociales de que tratan los títulos VII y IX del CST el total de la remuneración pactada incluido lo correspondiente a descansos dominicales y festivos legales, cubre íntegramente los servicios prestados por el TRABAJADOR, sin lugar a pago adicional alguno, salvo las prestaciones legales correspondientes.*

Se pactan unas comisiones por ventas, definidas de la siguiente manera:

*Para negocios con cliente nuevos: La comisión por venta será devengada de acuerdo al monto total de la venta conforme al siguiente cuadro:*

<i>Términos</i>	<i>%</i>
<i>De 2 a 100 millones de la venta total del mes</i>	<i>3%</i>
<i>Para ventas mayores a 100 hasta los 200 millones del total de la venta mensual</i>	<i>2%</i>
<i>Para ventas mayores a 200 millones en adelante facturados en la venta mensual</i>	<i>1%</i>

*Para negocios nuevos con clientes antiguos: La comisión por venta será devengada de acuerdo al monto total de la venta conforme al siguiente cuadro:*

<i>Términos</i>	<i>%</i>
<i>Hasta los primeros 100 millones de la venta total del mes</i>	<i>2%</i>
<i>Más de 100 hasta los 200 millones del total de la venta mensual</i>	<i>1%</i>
<i>Más de 200 millones en adelante facturados en la venta mensual</i>	<i>0,5%</i>

*Si hay cumplimiento del 100 de ventas del presupuesto ventas, se pagará al TRABAJADOR un (1) salario básico anual.*

En ese orden de ideas, las comisiones se causaban en el momento en que el recaudo se hubiese realizado personalmente por el trabajador, y que el mismo se hubiese obtenido por lograr negocios con clientes nuevos, o que siendo clientes antiguos, lograra negocios nuevos, y que se realice durante la vigencia del contrato.

CUARTO. PAGO *El empleador pagará al trabajador por la prestación de sus servicios el salario indicado, pagadero en las oportunidades también señaladas arriba. PARAGRAFO: Se aclara y se conviene que el 82.5% de los ingresos que reciba el trabajador por concepto de comisiones o de cualquiera otra modalidad variable del salario, en el evento de que así se estipule en este contrato o que de hecho devengue tal modalidad de salario el trabajador, constituye remuneración ordinaria, y el 17.5% restante estará destinado a remunerar los días festivos y/o de descanso obligatorio de que tratan los capítulos I y II del título VII del CST.*

Teniendo en cuenta lo anterior, señaló la demandante que la sociedad demandada la despidió y cree ella que es porque no quisieron reconocerle el pago por el valor de la comisión que tenía derecho por la negociación que según la actora realizó ella con el cliente L'OREAL frente al proceso licitatorio del año 2017.

Ahora bien, se recibió **interrogatorio de parte** de la representante legal de la empresa demandada: Señora Sofia Castillo Espitia , manifiesta que, efectivamente la señora Sandra manejaba todo el área comercial como directora comercial, donde coordinaba el trabajo de sus colaboradores, para sacar adelante el plan estratégico del área comercial, que consistía en gestionar nuevos clientes y hacer seguimiento a esos clientes, su responsabilidad era la de buscar nuevos negocios con clientes antiguos de la compañía, por cuanto sustenta que las condiciones pactadas si se

dieron, que ese pacto por comisiones solo se tenía con la señora Sandra y con ningún otro trabajador, que en ese cargo la información con otras áreas en la empresa es para hacer una cotización de un cliente, que tenía que entrar en contacto con el área de producción si necesitaba tener información, que por ejemplo si era de tecnología o calidad, se comunicaba con esas áreas, dice que durante la vigencia de su contrato no tiene conocimiento que se le reconocieran comisiones, que ella visitaba clientes pero sabe que varios de los clientes no los conseguía, que realmente fueron muy pocos y pequeños los clientes que traía para la compañía, sobre el negocio o gestión comercial que hizo la señora Sandra con Loreal dice que en esa oportunidad no fue ella sino el mismo Loreal quien tomó la iniciativa con ellos de invitarlos a participar.

Se recibió **interrogatorio de parte** de la parte demandante, manifiesta la señora Sandra Gaitán que era Directora Comercial de la empresa demandada, dice que sus funciones como directora comercial consistían en visitar clientes y generar relaciones comerciales que generaran beneficio para la compañía, que su rol consistía en contactar clientes nuevos para que llegaran a la empresa, y/o antiguos para que volvieran con la compañía, que tenía a cargo un equipo de trabajo con los que hacían el desarrollo de esa actividad comercial para la compañía, en mercadeo, en pro del beneficio de la compañía, que ganaba cuatro millones de pesos como básico más un auxilio de \$500.000 para movilidad y unas tablas de comisiones porcentuales que iban desde dos millones 2'000.000 hasta más de 200'000.000 doscientos millones de pesos si era un negocio nuevo o cliente actual pero con negocios nuevos, que incluso en el mes de mayo de 2017 con L'Oreal recibió comisión y que en el mes de noviembre que salió de la compañía recibió alrededor de \$900.000 novecientos mil pesos en comisiones que fueron firmados por la señora Sofía, quien era su jefe inmediata y gerente de la compañía, que para la comisión de L'Oreal la factura se la pagaron en mayo, y que durante la relación laboral percibió las comisiones por ventas de otros negocios por clientes nuevos, donde se generaba la factura, y luego la gerente del área era la encargada de liquidar las comisiones, que la encargada se llama Angélica Vergara y que la señora Sofía lo aprobada para que luego la pasaran a nómina, que si el cliente no estaba en el momento con la compañía, aprobaban que esas comisiones se pagaran en el 3% como por ejemplo con un cliente nuevo como Loreal que se pagaba por ese 3%, dice que las acciones que se realizaron para que Loreal llegara a Sefarcol que fueron en marzo de 2017, que en ese entonces fue a la zona en Siberia a visitar el cliente por primera vez que el señor Camilo Osorio fue quien programó la cita, la

contactó con el cliente y que él le avisó que iban a participar en una licitación que estuviera muy pendiente, que la relacionó con una señora Sandra Gallego que era la persona encargada de hacer todo el proceso de licitación, que ella la presentó en la compañía porque nadie la conocía, que el 03 de abril de 2017 le envía un correo informándole que van a entrar al proceso licitatorio, que por eso le envía a su correo el proceso licitatorio, que se desarrolla desde el mes de abril y que se entrega al final de septiembre el contrato ya firmado.

Manifiesta que Loreal ya no era cliente de la compañía, que los contratos que hizo Loreal con Sefarcol antes de que ella llegara eran los mismos procesos, que la empresa no ha cambiado sus ofertas comerciales que Sefarcol hace lo mismo en sus ofertas, por ende que ella llegó a la empresa a ofrecer lo mismo que ya hacían años atrás, que su propósito era hacer gestión comercial, que la participación de inicio a fin con Loreal la hizo con la Sra. Andrea Gallego, dice todas las áreas brindan un apoyo para presentar el proyecto con Loreal, pero que ella fue la persona que comentó la licitación a la señora Sofía, y que todas las áreas le facilitaban la información para que ella presentara la oferta a los clientes, que no sabe la fecha en que suscribió el contrato con Loreal por cuanto pide autorización para revisar el expediente, previa lectura dice que fue el 6 de octubre de 2017 cuando ella seguía trabajando en la compañía, cuando le preguntan que cuál fue el objeto contractual, responde preguntando si lo puede leer, para lo cual relaciona que era una labor in-house, haciendo procesos de acondicionamiento, dice que frente a las comisiones que recibió en mayo y julio dice que no corresponden a la licitación sino que fueron a otros procesos que había firmado antes con ellos, que si bien ya le habían reconocido unas comisiones, considera que Loreal es un cliente nuevo, toda vez que cuando ella llegó Loreal no estaba con la compañía, dice que fue porque desde que ella llegó el cliente volvió porque ya la habían perdido, al igual que con otros clientes, que antes de salir le hicieron una evaluación y puntaje fue muy bueno por su desempeño, que el 17 de septiembre la sacan y la indemnizan pero que no se explica por qué le terminaron el contrato por ende cree que pudo darse por el caso de Loreal, ya que los montos anteriormente reconocidos eran de 10, 8 o 20 millones de pesos pero que cree que la sacaron para no pagarle tan alta cuantía.

La parte manifiesta que no hizo reclamo a la compañía, clarifica el tema a la juez diciendo que con el señor Camilo fue con quien llegaron a Loreal, que por eso fue que escogió ir a Loreal ya que era uno de los clientes más grandes que habían tenido, que tiene más de 15 años de experiencia y que como estrategia comercial

se remitían a los clientes grandes que ya no estaban por esa razón llegó a Loreal porque no es común ver clientes de grandes cuantías o volúmenes de ventas, que con esa visita con el señor Camilo hace que después la llamen para que inicie el proceso licitatorio, que en el mes de marzo tenía que cumplir con unos productos que su proveedor no pudo cumplir que toda la compañía trabajó en ese proceso y se la ganaron, y que por eso en el mes de mayo le habían pagado una comisión, que luego de eso mensualmente llegaron nuevos procesos que generaron ingresos y le cancelaron nuevas comisiones también, a la pregunta de la juez que si todas las comisiones que le reconocieron respecto de L'Oreal eran como cliente nuevo, ella responde que sí, y que la comisión que está reclamando fue la última que fue por el proceso licitatorio, que en esa no se la reconocieron.

**Testimonio** rendido por la señora Elena Vega Martínez, Manifiesta que labora actualmente en Sefarcol, que en desarrollo de su labor conocía a la señora demandante que no conocía cuánto ganaba que sabe que ganaba también comisiones y que no sabe cuánto recibía, que no sabe por qué terminó la relación comercial, que hasta el año 2017 en Sefarcol mantenía las mismas operaciones, que en el 2017 que efectivamente participaron en un proceso licitatorio, desde que a ella la llamaron un sr Fabián de Loreal, para preguntarle que quién era el comercial y que ella los refirió a Camilo con el que finalmente inicio el contrato, pero que Loreal fue quien los buscó a ellos como empresa para la licitación del 2017 que Andrea Gallego fue quien envió la licitación y que la demandante en ese entonces les dividió las tareas para que cada uno se encargaran de sus áreas y reunir entre todos la propuesta, que la propuesta tuvieron que ir a exponerla, que ella expuso y que la señora Sandra fue, pero que la señora Sofia y ella fueron los que llevaron la sustentación económica de la propuesta y no de Sandra, que el contrato con Sefarcol dice que se firmó en octubre y que el objeto comercial era un proceso in house, que frente a la prestación de servicio con Sefarcol siempre son los mismos procesos, que en el año 2015 apoyaron a Loreal con varios contratos, que la comercial de ese entonces fue quien los visitó, que no era constante que todos los meses sino eventualmente cuando les incumplía otros proveedores que Loreal llegaba a Sefarcol para que contrataran, que el correo de la licitación no recuerda a quién le llegó pero que a varios correos, incluso a ella con copia.

**Testimonio** rendido por el Sr Camilo Andrés Osorio Martínez, declara que en el año 2017 llevó a la señora Loreal para que visitara el cliente, que desde el 2014 se retomaron las actividades comerciales con Loreal, que Sefarcol se entera de la

licitación por la señora Sofia porque el señor Fabio que es el encargado por parte de Loreal y él informa sobre el proceso licitatorio, que esa licitación fue porque era un cliente que venía de tiempo atrás con ellos y no porque la demandante hubiese empleado algo para que llegaran, que en Sefarcol para hacer cumplimiento en la licitación del proceso es la dirección comercial quien coordina los grupos, que el contrato con Loreal consistía en acondicionamiento según los servicios que ya se venían prestando "acondicionamiento secundario" que la dirección comercial coordina el área y que la directora hace contactos nuevos, que Sandra tenía un equipo pero que la propuesta expuesta con Loreal la hizo la señora Sofia principalmente, que la demandante tenía inconvenientes con el equipo porque tanto con ellos como con los clientes tenía un trato tosco, que a él en producción le pedía información en un tono grosero, que esas actitudes eran seguidas con otros compañeros de la oficina, que para la época del contrato con Loreal fue Helena Vega de Sefarcol con quien hizo contacto, que ella es la señora de servicio al cliente luego de ello, ella pasa la información a todas las áreas, que en ese proceso él era quien sacaba todos los costos del proceso para establecer la tarifa de la propuesta, que en el área comercial ellos pasaban los requerimientos cuando el cliente solicitaba algún otra sugerencia, por ende con la señora Sandra tenían relación porque ella desde el área comercial hacía solicitudes.

**Testimonio** rendido por el señor Edson Jair Forero Pinilla, manifiesta que le consta que la demandante era Directora Comercial, que Loreal era un cliente de Sefarcol desde hace mucho, que en el 2017 si sabe que participaron de la licitación, que no sabe cómo se enteran de la licitación, pero que tiene entendido que los trabajadores fueron quienes los contactaron, que el contrato se firmó en octubre y dice que se montó la factura fueron 3 o 4 meses después por ahí para enero o febrero, que la terminación del contrato de la demandante fue sin justa causa pero que la indemnizaron, que la señora demandante no se entendía muy bien con la gerencia, que la totalidad de salarios de la señora le consta que le liquidaron todo lo que se debía, que sabe lo anterior porque sus funciones es ser el abogado que apoya los procesos nuevos de la empresa, pero que no sabe qué comisiones recibía la demandante, pero que dentro de la licitación cada uno hacía tareas y que la demandante tuvo que hacer apoyo de inicio a fin en el proceso como todos los trabajadores de la compañía.

En ese sentido, atendiendo lo manifestado por las partes y las pruebas allegadas al plenario, no se niega que la demandante realizó las labores tendientes a gestionar

y mantener contacto con el cliente para el cumplimiento de requisitos del proceso licitatorio, que mantuvo constante comunicación con áreas internas de la compañía para la cual trabajaba, que enviaba correos y mantenía contacto con clientes, en especial para el hecho concreto con uno de los clientes más grandes de la compañía, es decir con L'Oreal.

Ahora bien, aunado a lo anterior, al respecto es claro, que ninguna explicación fundada ofrece la actora sobre el monto que por comisión dice adeudársele, ni arrió ningún medio de prueba que permitiera establecerlo, pues si bien se observa el despliegue de unas acciones de su parte en las que se anexan copias de correos electrónicos de folio 25 a 34, los mismos obedecen a las funciones propias del cargo como Directora Comercial de la compañía, por cuanto, es apenas natural que por las funciones mismas de su contrato, se encuentre en comunicación constante con áreas internas de la compañía y que de ellos obtenga el apoyo necesario como equipo empresarial, así como la comunicación constante que tuvo con el Sr. Fabio Botero y con la Sra. Andrea Gallego de la empresa L'Oreal, trabajadores encargados para el proceso licitatorio que emana de la voluntad de la empresa cliente, para que Sefarcol SA participe como empresa proveedora de servicios, que ya habían prestado en el pasado, es decir, tampoco existe prueba alguna de la parte demandante que el resultado final provenga de un negocio diferente, ni que haya sido admitido alguna propuesta particular de la actora para lograr por la misma un negocio innovador dentro de la compañía, por cuanto el contrato laboral entre las partes es claro al respecto.

Así pues, conforme el acervo probatorio que reposa en el plenario, no son de recibo los argumentos expuestos por el apoderado de la actora, resultando improcedente acceder a las súplicas de la demanda, por cuanto, bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado 28° Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de febrero de 2021

#### **COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA**

Sin costas en esta instancia, en la primera a cargo de la demandante y a favor de la demandada.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO:** CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de febrero de 2021 por el Juzgado 28° Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO:** Sin **COSTAS** en esta instancia en la primera a cargo de la demandante y a favor de la demandada.

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310502820180026701)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310502820180026701)



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310502820180026701)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 30-2019-00520-01**

Bogotá D.C., agosto treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: NUBIA ESPERANZA RAMIREZ RODRIGUEZ**

**DEMANDADO: COLPENSIONES  
AFP COLFONDOS SA**

**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA  
(PROTECCIÓN SA) // CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de noviembre de 2020, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

La parte demandada Colpensiones (fls. 335 a 341) presentó alegaciones vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 23 de marzo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El (la) señor(a) Nubia Esperanza Ramirez Rodríguez instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Protección S.A. y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios (203 a 237) del expediente, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, ante la omisión de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colmena S.A. hoy Protección S.A. del deber profesional de información.
2. Que se ordene el traslado y afiliación de la señora Nubia Esperanza Ramirez Rodríguez a Colpensiones, al régimen de prima media con prestación definida establecido en la ley 100 de 1993, como consecuencia de la anterior declaratoria de anulación por ineficacia, como si nunca se hubiera ido de dicho régimen en virtud del principio de favorabilidad.
3. Que se ordene a Protección S.A. a la devolución a Colpensiones, de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado como lo dispone el artículo 1746 del código civil, (Sentencia SU-062 de 2010) gastos de administración, o cualquier otro, debiendo asumir dicho(s) fondo(s) con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o por los gastos de administración o cualquier otro que se hubiere generado en aplicación del artículo 963 del código civil.
4. Que se condene a la AFP Protección S.A., en caso de haberse otorgado previamente pensión por parte del fondo de Pensiones al momento de dictarse la sentencia que ponga fin a esta Litis, a seguir pagando la misma al demandante hasta tanto sean trasladados por el fondo demandado, todos los recursos a Colpensiones para financiar la deuda pensional y sea incluido en nómina de pensionados por éste, con el propósito de que el demandante no quede desprotegido de su derecho pensional.
5. Que se condene a las demandadas al pago de las costas del proceso que incluyan agencias en derecho según lo estipulado en el artículo 365 del C.G.P. y por los acuerdos expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura.
6. Que se condene a los demandados al pago de las costas por concepto de resolución desfavorable de las excepciones previas, incidentes o nulidades de ser propuestas por la demandada según lo estipulado en el artículo 365

- C.G.P. y por los acuerdos expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura.
6. Que se condene a los demandados al pago de las costas por concepto de resolución desfavorable de las excepciones previas, incidentes o nulidades de ser propuestas por la demandada según lo estipulado en el artículo 365 del C.G.P y por los acuerdos expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura.
  7. Que se declare y se condene a todo lo ultra y extra petita que resulte probado a favor de la demandante.

### CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls.313 a 320 expediente físico) y AFP Protección SA (fls.262 a 312 expediente físico) de acuerdo al auto del 22 de agosto de 2019, Se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 30° laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del día 30 de noviembre de 2020, **DECLARÓ** la ineficacia del traslado de régimen pensional que hizo la señora Nubia Esperanza Ramirez Rodríguez del ISS a la AFP Protección S.A. con efectividad a partir del 1 de Marzo de 2000, conforme a lo expuesto. **DECLARÓ** válidamente vinculada a la demandante señora Nubia Esperanza Ramirez Rodríguez al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por Colpensiones, conforme a lo expuesto. **CONDENÓ** a la AFP Protección S.A. a devolver a Colpensiones, todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho régimen y que vienen siendo administrados, desde el 1° de Marzo de 2000 y hasta el momento de traslado se cumpla, estos últimos deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados. **ORDENÓ** a Colpensiones, a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el

derecho pensional bajo las normas que regulan el régimen de Prima Media con prestación definida. **DECLARÓ** no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto. **CONDENÓ** en costas a Protección SA, a favor de la demandante. Liquidación en costas incluyendo agencias en derecho la suma de Tres Millones Ciento Cuarenta y Ocho Mil pesos (\$3´148.000) Sin Costas ni a favor ni en contra de Colpensiones.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La **parte demandada (AFP Protección SA)** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

#### **GASTOS DE ADMINISTRACIÓN:**

Presenta recurso de apelación de manera parcial frente a la Sentencia proferida por el Juez de Primera Instancia, en lo atinente específicamente a la causación de los gastos de administración, sustenta que como ya se viene sosteniendo por parte de las Administradoras, incluir esta condena en los valores cobrados por cuotas ya administradas se estaría refiriendo a situaciones ya causadas.

Sostiene que en relación a los pagos de los gastos de administración, debe expresarse que la deducción de ese dinero de las cuentas de ahorro individual de los accionantes por dicho concepto se realiza como consecuencias de disposiciones legales, validas, exequibles, aplicables y vigentes, y manifiesta que se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de dineros de la cuenta de ahorros individual de la hoy accionante, que ha sido administrada de forma correcta y oportuna, pues ha generado unos rendimientos significativos a lo largo del tiempo que ha estado afiliada a la AFP Protección.

Manifiesta que, en el caso específico de la señora Nubia Esperanza, tiene por aportes ciento diecisiete millones setecientos setenta mil doscientos noventa y seis pesos (\$117.770.296 mcte) y como rendimientos ciento treinta y dos millones setecientos sesenta y cuatro mil cuatrocientos ochenta y seis pesos (\$132.764.486 mcte) en este sentido resalta que son mayores los rendimientos que ha generado la cuenta de ahorro individual a través de la oportuna administración por parte del fondo, que los mismos depósitos que ha realizado la accionante en la cuenta de ahorro individual.

Por cuanto sostiene que ese resultado ha beneficiado el patrimonio de la accionante y que ha aumentado ostensiblemente dado que la Administradora que representa puso a disposición todo el conocimiento técnico y experticia para que dicha cuenta de ahorro individual tuviera esos rendimientos.

Sostiene que con base en la declaratoria de la ineficacia es importante que se retrotraigan todas las actuaciones al estado inicial, pero que la representada Protección SA, deberá conservar lo indicado por conceptos de gastos de administración, teniendo en cuenta los óptimos rendimientos que la accionante ha tenido, por cuanto se estaría generando un detrimento patrimonial en contra de la misma y además un enriquecimiento sin causa a favor de la accionante y también de la entidad del régimen de Prima Media Colpensiones. Manifiesta que, si estos dineros hubieran permanecido en dicha entidad todo este tiempo, nunca se hubieran generado los recursos y las ganancias que en la actualidad se ostenta en dicha cuenta de ahorro individual.

Por cuanto solicita se analice la posibilidad, de descontarse el porcentaje que se tendría por garantía de pensión mínima, ya que esos dineros fueron recaudados con base en el porcentaje de la ley, y de alguna manera esos dineros se encuentran prescritos parcialmente, ya que esos dineros por cuotas por administrar son de una cuenta de ahorro individual y no corresponden al dinero depositado por la accionante, son dineros que prescriben y que la representada causó como obligaciones por gastos de administración.

#### **CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Protección SA efectuado por el (la) señora **Nubia Esperanza Ramírez Rodríguez** el día 17 de enero de 2000 con fecha efectividad desde el 01 de marzo del 2000; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que el AFP Protección S.A. devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados al fondo privado, a Colpensiones, y consecencialmente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Colmena hoy Protección SA el día 17 de enero de 2000 con fecha efectividad desde el 01 de marzo del 2000 y posteriormente por fusión de compañías se trasladó de Colmena a ING el 01 de abril del 2000 con fecha de efectividad del mismo día, para finalmente por fusión de las compañías de ING a Protección SA el 31 de diciembre de 2012 con fecha de efectividad del mismo día (fs.283 -289 del expediente físico).

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

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

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

que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

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

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

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima,

llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó historia laboral actualizada y el expediente administrativo de la demandante (fls. 319-324). AFP Protección SA aportó: formulario de vinculación del 17 de enero de 2000, resumen de historia laboral emitida por el ministerio de Hacienda y Crédito Público – oficina de bonos pensionales, SIAFP, movimiento de cuenta de ahorro individual con detalle de los rendimientos a la fecha, certificado de

información de historial laboral, respuestas derechos de petición del 08 de marzo de 2019 y 15 de abril de 2019, concepto emitido por la Superfinanciera N 2015123910-002 del 29 de diciembre de 2015, políticas para vincular personas a la AFP, comunicado de prensa del año en gracia (fls. 277 a 312 expediente físico)

Es decir que el fondo demandado no allega ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada al día 17 de enero de 2000 con fecha efectividad desde el 01 de marzo del 2000, cuando se efectuó el traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por el (la) demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Claramente para el momento del traslado el día 17 de enero de 2000 con fecha efectividad desde el 01 de marzo del 2000; la demandante tenía 278,57 semanas (fl.289 expediente físico) por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 36 años (nació el 25 de junio de 1958 – fl.38 expediente físico) siendo beneficiaria del régimen de transición y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el régimen de prima media (actualmente ha cotizado más de 1250,71 semanas – fl 289 expediente físico), con una mesada muy superior a la que alcanzaría en el RAIS, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional, situación que de hecho representaría una desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

Ahora bien, conforme el punto de apelación de Colpensiones sobre la carga probatoria, recientemente en las sentencias SL 1421 de 2019, SL 1452 de 3 de abril de 2019 y SL 1689 de 8 de mayo de 2019, destacando de la referida sentencia SL 1452 de 3 de abril de 2019, los siguientes apartes:

*"(...) Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información,*

*puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto. (...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión (...). Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento. Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (...)"*

Finalmente, respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Protección SA en cuanto a la no devolución de gastos de administración debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó: *"Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-*

2019).”, despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por la AFP Protección SA.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia el 30 de noviembre de 2020, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señora **Nubia Esperanza Ramírez Rodríguez** del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Colmena hoy Protección SA el día 17 de enero de 2000 con fecha efectividad desde el 01 de marzo del 2000

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

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

#### **COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:**

Por resultar desfavorable el recurso al apelante AFP Protección SA, habrá lugar a condenarlo en costas en ésta instancia, fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el por el juzgado 07 Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada AFP Protección SA, a favor de la parte actora. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de la apelante; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el A Quo en los términos del artículo 366 del CGP.

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

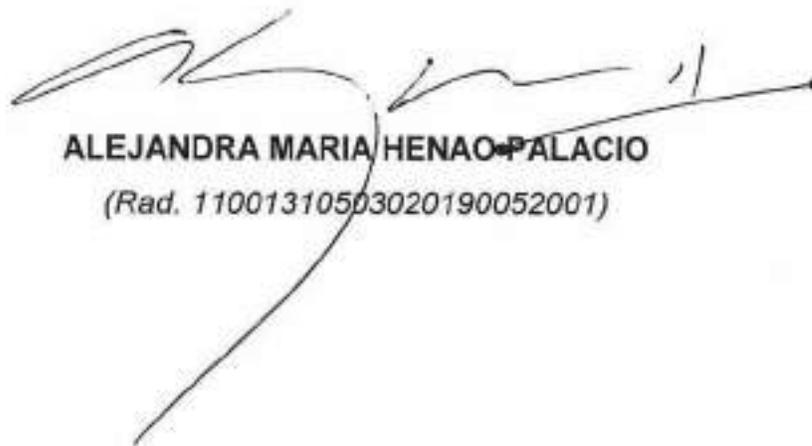
(Rad. 11001310503020190052001)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310503020190052001)

Aclaro Voto!



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310503020190052001)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 32-2019-00483-02**

Bogotá D.C., agosto treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: ADONAY CARDENAS PARRA**  
**DEMANDADO: UNIDAD DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES  
PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el Recurso de apelación parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 32º Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de abril de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

El apoderado de la parte demandante (fls. 9), así como de la demandada UGPP (fls. 5 a 8), presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 11 de mayo de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El señor ADONAY CARDENAS PARRA instauró demanda ordinaria laboral contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP,

debidamente sustentada como aparece a folios 6 y 7 del expediente digital con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

**DECLARATIVAS:**

1. Que el señor ADONAY CARDENAS PARRA prestó sus servicios a la CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO, mediante contratos de trabajo escrito a término indefinido desde el 01/10/1975 hasta el 10/06/1999.
2. Que el señor ADONAY CARDENAS PARRA es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo 1998 – 1999, suscrita el 15 de abril de 1998 entre la CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO y el SINDICATO NACIONAL DE LOS TRABAJADORES DE LA CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO "SINTRACREDITARIO"

**CONDENATORIAS:**

1. Reconocer, liquidar y ordenar el pago a favor del señor ADONAY CARDENAS PARRA la pensión de jubilación convencional del Art. 41, párrafo 1 y 3 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998 – 1999; desde el 25 de diciembre de 2014 fecha en que cumplió los 55 años de edad.
2. Reconocer la pensión de jubilación convencional indexada, actualizando el último salario promedio mensual devengado por el demandante que fue de \$1.533.860 aplicando la variación del índice de precios al consumidor certificado por el DANE, causado desde la fecha de desvinculación de la Caja Agraria – 10 de junio de 1999 y el día que se hace exigible el derecho pensional 25 de diciembre de 2014.
3. A reconocer la pensión de jubilación convencional con los respectivos ajustes legales desde el 25 de diciembre de 2014 hacia el futuro.
4. A reconocer las mesadas adicionales de junio y diciembre causadas desde el 25 de diciembre de 2014 hasta cuando sea incluido en nómina para el pago.
5. A reconocer las mesadas pensionales causadas debidamente indexadas mes a mes incluidas las mesadas adicionales de junio y diciembre hasta cuando se verifique su pago.
6. Costas procesales.

## CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda UGPP (fls. 41 a 55), de acuerdo al auto del 18 de noviembre de 2019 (fls. 102). Se oponen a las pretensiones del(a) demandante y proponen excepciones de mérito.

## SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 32° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 19 de abril de 2020, **DECLARO PROBADA** parcialmente la excepción de prescripción respecto de las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 6 de junio de 2016 y **NO PROBADAS** las demás excepciones formuladas por la demandada. **DECLARÓ** que las el demandante **ADONAY CÁRDENAS PARRA** tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión convencional establecida en el artículo 41 de la Convención Colectiva del Trabajo suscrita entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y Sintracreditario para los años 1998 – 1999, en su artículo 41, pensión que asciende a la suma de \$2.513.054. **DECLARÓ** que la pensión convencional reconocida en el numeral anterior tiene el carácter de compartida con la pensión de vejez reconocida por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y que por tanto la demandada deberá pagar al actor la diferencia o mayor valor entre la pensión convencional y la pensión de vejez, así como también deberá pagar la mesada adicional de mes de junio de cada anualidad de manera íntegra. **CONDENÓ** a la UGPP a pagar al demandante el retroactivo pensional causado desde el 6 de junio de 2016 y hasta el momento en que sea incluido en nómina de pensionados el demandante y que calculado al 31 de marzo de 2021 asciende a la suma de \$111.705.146, sin perjuicio de las diferencias pensionales que se causen con posterioridad al mes de marzo de 2021 y hasta el momento en que sea incluido en nómina de pensionados el demandante. Dicho retroactivo deberá cancelarse de manera indexada desde la fecha de causación de cada una de las mesadas adeudadas. **COSTAS** a cargo de la demandada, y a favor del demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de 5 SMLMV.

## RECURSO DE APELACIÓN

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

**1. RECONOCIMIENTO PENSIÓN CONVENCIONAL:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se absuelva a la UGPP, teniendo en cuenta que a su consideración el demandante no le asiste derecho al reconocimiento del pago de la pensión convencional, así como tampoco ninguna de las condenas que le fue impuesta por el Juzgador de primera instancia, lo anterior por cuanto lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, el cual establece que los pactos colectivos tienen una vigencia una vez entrara en vigor el mismo, trayendo a colación la sentencia SL2780 de 2019 con Rad. 68432, en atención que para la entidad demandada, el criterio aplicable es que la edad es un criterio de causación del derecho, tal y como lo adoctrina igualmente la sentencia del 30 de octubre de 2007, que indica que en cuanto a las Convenciones Colectivas del Trabajo, éstas fijan las condiciones de los contratos de trabajo, lo que implica que se tiene el beneficio convencional cuando se es trabajador y durante el tiempo de vigencia del respectivo acto jurídico convencional, por lo que en el caso que nos ocupa, no es procedente el reconocimiento de beneficios convencionales, en tanto la convención colectiva de trabajo ya perdió su vigencia.

**2. MESADA ADICIONAL DE JUNIO:** En el evento en que se confirme la sentencia, señala que el Acto Legislativo 01 de 2005 dispone que a partir de la entrada en vigencia del mismo, ninguna persona podrá recibir más de 12 mesadas al año, a menos que la prestación reconocida fuera inferior a 3 SMLMV, circunstancia que en este caso no se da, pues la mesada calculada por el Juzgado asciende a la suma de \$2.013.554.

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

### **CONSIDERACIONES**

#### **DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:**

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si es procedente el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional solicitada por el

señor ADONAY CARDENAS PARRA por haber laborado para la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero por más de 23 años, comprendidos entre el 1 de octubre de 1975 hasta el 10 de junio de 1999.

#### **Existencia del contrato de trabajo**

No es objeto de controversia en esta instancia que el demandante laboró para la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero entre el 1 de octubre de 1975 hasta el 10 de junio de 1999, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, conforme se desprende de la certificación laboral expedida por el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural (fls. 21 y 22).

#### **Pensión de Jubilación Convencional:**

Igualmente tampoco se discute el contenido del párrafo 1º del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 cuya copia fue debidamente aportada en medio magnético con su respectiva constancia de depósito, el cual busca la parte actora que se le aplique y que contempla que los trabajadores que a la fecha de expedición de la Convención Colectiva sean retirados sin haber cumplido los 55 años si es hombre y 50 si es mujer, tendrán derecho a la pensión al llegar a esa edad, siempre y cuando tuvieran más de 20 años de servicios<sup>1</sup>; requisitos que en principio acredita la parte actora pues le fue terminado el contrato de trabajo el 10 de junio de 1999 cuando aún se encontraba vigente la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, fecha para la cual había prestado sus servicios por más de 20 años, pues laboró para la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO desde el **1 de octubre de 1975 hasta el 10 de junio de 1999** (fls. 21 y 22), superando ampliamente los **20 años** de servicios exigidos por la normatividad en comento y cumplió los **55 años de edad el 25 de diciembre de 2014**, dado que nació el mismo día y mes del año 1959, conforme se acredita de la copia de la cédula de ciudadanía visible a folio 19 del plenario, esto es, con posterioridad a la fecha establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005.

Así pues, el PARAGRAFO 1º del artículo 41 de la CCT establece: *"El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión **al llegar a dicha edad**, siempre que haya cumplido con el requisito de veinte años (20) años de servicios a*

---

<sup>1</sup> "PARAGRAFO 1o. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión **al llegar a dicha edad**, siempre que haya cumplido con el requisito de veinte años (20) años de servicios a la Institución"

la Institución, por lo que contrario a lo afirmado por el apoderado de la UGPP, el criterio de la H. Corte Suprema de Justicia tiene por sentado que si la pensión convencional está pactada bajo los mismos supuestos de hecho que regula la Ley, en cuanto al tiempo de servicios, más los requisitos específicos de causación, que en este caso será el retiro antes de cumplir la edad de 55 años, es posible darle el mismo tratamiento, esto es que la edad requerida solo es necesario para la **exigibilidad del derecho**. En este caso la norma convencional que se invoca, cumple con aquel supuesto factico regulado en la ley de pensión jubilatoria restringida, esto es el tiempo de servicios y el retiro sin haber cumplido 55 años de edad (Sentencia con radicación No. 42.703 del 22 de enero de 2013<sup>2</sup> y SL1698 con radicado No. 49063 de 9 de febrero de 2016<sup>3</sup>).

Al respecto, vale la pena traer a colación la sentencia SL5023 de 2019, en la que nuestro máximo Tribunal adoctrinó:

*"(...) Desde esta óptica, para el 31 de julio de 2010, cuando según lo visto por fuerza del Parágrafo Transitorio 3º del Acto Legislativo 01 de 2005, perdieron vigencia las reglas de carácter pensional que regían, contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, entre ellas las que aquí se tratan, el actor ya contaba con un derecho adquirido, pues había reunido los dos requisitos del derecho pensional discutido: el tiempo de servicios y la desvinculación laboral, por lo que apenas estaba pendiente de arribar a la edad requerida para su goce o disfrute, lo que sin discusión cumplió el 3 de octubre de ese mismo año de 2010.*

***De consiguiente, erró el Tribunal al considerar que la edad era un requisito convencional para la estructuración del derecho a la pensión***

<sup>2</sup> "Así las cosas, la exégesis adoptada por la jurisprudencia respecto a la norma legal, según la cual la pensión sanción o restringida de jubilación se causa por completar determinado tiempo de servicio ante una misma empresa y el retiro del servicio por los motivos allí previstos, y que la edad es un requisito de exigibilidad, tiene perfecta cabida frente a la norma convencional en comento, dado que presentan supuestos de hecho similares. Hacer una interpretación diferente frente a supuestos de hecho similares, sería discriminatorio, a menos que, de la redacción de la propia cláusula convencional, se desprendiera, inequívocamente, que tanto el tiempo de servicio como la edad del trabajador establecidos son requisitos para causar la pensión reconocida, circunstancia esta que no se presenta en la cláusula 42 en cuestión"

<sup>3</sup> "La aplicación armónica de estos literales llevan a concluir que la pensión restringida se causa siempre que concurren los siguientes presupuestos: que el trabajador sea despedido sin justa causa, y que además tenga al servicio de la empresa más de 10 y menos de 20 años.

En cuanto a la edad, del mismo texto convencional se colige que no se exige como requisito de causación, porque basta que estén satisfechos los presupuestos mencionados (tiempo de servicio y despido injustificado), pues el cumplimiento de los 50 años en el caso de los hombres, simplemente es constitutivo de exigibilidad, pues así se infiere de la cláusula bajo examen, al establecer que se tendrá el derecho «cuando cumplan las edades establecidas de cincuenta (50) años para los hombres y cuarenta y siete (47) años para las mujeres.»

De esta disposición convencional, contrario a lo discurredo por el Tribunal, no se desprende que deba acreditarse la edad para el momento del despido, es decir, en vigencia del contrato de trabajo.

(...)

En esa misma sentencia la Sala precisó su orientación en el entendido de que el artículo 42 de la convención colectiva de trabajo bajo examen, posee una estructura clara, que admite una lectura unívoca, en cuanto consagra una especie de pensión restringida de jubilación, que se causa con el tiempo de servicios y el retiro diferente al despido por justa causa, y en la que el cumplimiento de la edad constituye un simple requisito de exigibilidad"

**de jubilación y que, por tanto, al no cumplirse antes del 31 de julio de 2010, perdió toda vigencia por virtud de la normativa del Acto Legislativo 01 de 2005.**

*Conforme a los lineamientos de la Corte y atendiendo que el demandante a 31 de julio de 2010 (fecha a partir de la cual por disposición del párrafo transitorio 3 del Acto Legislativo 01 de 2005, perdieron vigencia las reglas de carácter pensional que reglan en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados), contaba con un derecho adquirido por reunir el tiempo de servicios y haber sido desvinculado, lo que sin discusión ocurrió el 27 de junio de 1999, por consiguiente, solo era necesario arribar a la edad requerida para acceder al disfrute de la prestación, prerrogativa que no podía ser afectada por el Acto Legislativo 01 de 2005."*

Aclarado lo anterior, se encuentra acreditado que el señor ADONAY CARDENAS PARRA contaba con un derecho adquirido al momento de ser desvinculado, pues reunía el tiempo de servicio exigido, y que tan solo estaba esperando arribar a la edad a efectos de disfrutar de la prestación, por consiguiente, y contrario a lo afirmado por el recurrente, es beneficiario de la pensión de jubilación convencional establecida en el párrafo 1 del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998 – 1999 a partir del **25 de diciembre de 2014** fecha en la cual cumplió 55 años de edad y ya contaba con más de 20 años de servicio a la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, confirmando de ésta manera el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia.

#### **Mesada Catorce:**

Sirven las anteriores consideraciones para concluir que la demandante *tendrá* derecho al pago de 14 mesadas al año, conforme lo solicita el apoderado de la parte actora, pues la prestación se causó con anterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, razón por la cual se **CONFIRMARÁ** igualmente el NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida en primera instancia, en el sentido de indicar que el demandante tiene derecho a 14 mesadas al año.

#### **Excepción de Prescripción:**

Frente a la excepción de prescripción, concluye la Sala que la exigibilidad de la pensión se produjo el **25 de diciembre de 2014** (fl. 19) fecha en que el actor cumplió edad y tiempo de servicios, por tanto, contaba hasta el 25 de diciembre de 2017 para interrumpir la prescripción, sin embargo presentó reclamación administrativa el

día **5 de junio de 2019**, y radicó la presente demanda **12 de julio de 2019** (fl. 32), por lo tanto se concluye que dejó transcurrir el término trienal que regula el art. 488 del C.S.T. y el 151 del C.P.T.S.S. luego se **DECLARARÁ PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN** respecto de las mesadas causadas con anterioridad al **5 de junio de 2016** (3 años anteriores a la presentación de la reclamación administrativa), sin embargo, como quiera que el Juez de instancia declaró probada la excepción de prescripción a partir del 6 de junio de 2016, y en atención a que se está conociendo en el Grado Jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP, se **CONFIRMARÁ** este punto de decisión de primera instancia.

#### **COMPARTIBILIDAD PENSIONAL:**

Ahora bien, en relación al planteamiento de la pensión **compartida**, se advierte que la pensión reconocida por un empleador con posterioridad al 17 de octubre de 1985, cualquiera sea el acto que le haya impuesto dicha obligación prestacional, ya sea, contrato de trabajo, convención o pacto colectivo, laudo, o conciliación, por regla general es de naturaleza *compartida* con la pensión de vejez que alguna entidad del sistema de seguridad social también reconozca al beneficiario de aquella jubilación.

Al respecto, el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, establece:

#### ***“ARTÍCULO 17. COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES SANCION.***

*Los trabajadores que sean despedidos por el patrono sin justa causa y tengan derecho al cumplir la edad requerida por la ley, al pago de la pensión restringida de que habla el artículo 8o. de la Ley 171 de 1961, tendrán derecho a que el patrono cotice para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, a partir de la fecha en que cubra dicha pensión y hasta cuando cumplan con los requisitos mínimos exigidos por estos Reglamentos para la pensión de vejez. En este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cubriendo al pensionado.”.*

De acuerdo con la norma transcrita, se tiene que para que se dé la compartibilidad del derecho pensional, el empleador debe continuar efectuando los aportes para los riesgos de invalidez, vejez y muerte ante el Instituto de Seguros Sociales, hasta cuando dicha entidad proceda con el reconocimiento de la pensión legal, momento a partir del cual, tan sólo quedaría a cargo el mayor valor **si lo hubiere**, razón por la cual, al tener por acreditado que Colpensiones le reconoció pensión de vejez al

señor ADONAY CARDENAS PARRA mediante Resolución GNR 243990 del 11 de agosto de 2015 en cuantía inicial de \$1.260.097 a partir del 25 de diciembre de 2014, se **DECLARARÁ** la COMPARTIBILIDAD de la pensión de vejez reconocida bajo los parámetros de la Ley 33 de 1985 y la pensión convencional establecida en el artículo 41 de la CCT 1998 – 1999, confirmando el numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia.

### **Liquidación de la pensión**

Frente a los parámetros para liquidar la pensión, estos están contenidos en el párrafo tercero del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999<sup>4</sup>, de cuya liquidación se obtiene un Ingreso Base de Liquidación equivalente a \$526.186 reconocido en la certificación obrante a folio 21 y 22 del expediente, junto con los factores (fl. 19) que indica expresamente en el párrafo tercero del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999, actualizado desde su retiro (10 de junio de 1999) hasta el 25 de diciembre de 2014, fecha de reconocimiento pensional, de lo cual se obtiene la suma de \$3.350.738,65<sup>5</sup> al cual al aplicarle una tasa de reemplazo del 75% resulta como mesada inicial la suma de **\$2.513.054<sup>6</sup>** para el 25 de diciembre de 2014 lo cual conlleva a **CONFIRMAR** el INCISO PRIMERO de la sentencia proferida en primer grado, en cuanto al valor de la mesada inicial.

En consecuencia, con apoyo al profesional del Grupo Liquidador adscrito a la Sala, liquidación que hace parte integrante de ésta sentencia, se calculó el retroactivo de las diferencias del mayor valor a cargo de la UGPP desde el 6 de junio de 2016, dada la excepción de prescripción, con corte al 31 de marzo de 2021, arrojando un valor a pagar a favor del demandante en la suma de **\$102.685.566,31**, sin perjuicio de las que a futuro se causen, suma que en todo caso deberá ser cancelada debidamente indexada al momento de su pago, por lo que en atención que se está

<sup>4</sup> La pensión se liquidará así:

*Primer Factor Fijo: Último sueldo básico mensual más prima de antigüedad y/o técnica si las estuviere devengado.*

*Segundo Factor: Valores Variables. Salario en especie, auxilio de transporte, incentivo de localización, gastos de representación si los hubiere, primas semestrales, primas habituales o permanentes, horas extras, dominicales o feriados trabajados, viáticos devengados durante ciento ochenta (180) días o más y el valor de la sobre remuneración en el que caso de que desempeñe cargos superiores provisionalmente, devengado durante el último año.*

*Los valores anteriores se suman y dividen por doce (12), con lo cual se obtiene el segundo factor.*

*De la suma de estos dos factores se tomará el 75% establecido.*

<sup>5</sup>  $VA = \frac{VH \times IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}} = \frac{\$1.533.860 \times 79,56 \text{ (Dic. 2013)}}{36,42 \text{ (Dic. 1998)}} = \$3.350.736,65$

<sup>6</sup>  $\$1.028.497 \times 75\% = \$2.513.053,99$

conociendo en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la entidad accionada, será MODIFICADO el NUMERAL CUARTO de la sentencia proferida en primera instancia.

#### **COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:**

Por resultar desfavorable el recurso al apelante UGPP, habrá lugar a condenarlos en costas en ésta instancia, fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV y a favor de la parte actora ; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO:**           **MODIFICAR** el NUMERAL CUARTO de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar **CONDENAR** a la UGPP a pagar al demandante el retroactivo pensional causado desde el 6 de junio de 2016 y hasta el momento en que sea incluido en nómina de pensionados el demandante y que calculado al 31 de marzo de 2021 asciende a la suma de \$102.685.566,31, sin perjuicio de las diferencias pensionales que se causen con posterioridad al mes de marzo de 2021 y hasta el momento en que sea incluido en nómina de pensionados el demandante, suma que en todo caso deberá ser cancelada debidamente indexada al momento de su pago.

**SEGUNDO:**           **CONFIRMAR** en lo restante la decisión de primera instancia.

**TERCERO:**           **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada (UGPP) y a favor de la parte actora. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de

cada una de ellas; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310503220190048302)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 11001310503220190048302)



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 11001310503220190048302)



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA LABORAL - MAGISTRADO: DR. MARCELIANO CHAVEZ AVILA RADICADO: 110013105032201948301 DEMANDANTE: ADONAY CARDENAS DEMANDADO: UGPP			
FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN
OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Calcular el retroactivo de diferencias pensionales según instrucciones del despacho.			

Tabla Retroactivo Pensional							
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada o pensiones	Mesada UGPP	Diferencia	Nº Mesadas	Subtotal
01/01/14	31/12/14	1,04%	\$ 1.260.097,00	\$ 2.513.054,00	\$ 1.252.957,00	0,00	\$ 0,0
01/01/15	31/12/15	3,68%	\$ 1.306.217,00	\$ 2.605.031,78	\$ 1.298.814,78	0,00	\$ 0,0
06/06/16	31/12/16	6,77%	\$ 1.394.648,00	\$ 2.781.392,43	\$ 1.386.744,43	7,63	\$ 10.862.831,4
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 1.474.840,00	\$ 2.941.322,49	\$ 1.466.482,49	14,00	\$ 20.530.754,9
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 1.535.161,00	\$ 3.061.622,56	\$ 1.526.461,56	14,00	\$ 21.370.462,2
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 1.583.979,00	\$ 3.158.982,18	\$ 1.575.003,18	14,00	\$ 22.050.044,5
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 1.644.170,00	\$ 3.279.023,50	\$ 1.634.853,50	14,00	\$ 22.887.949,0
01/01/21	31/03/21	1,61%	\$ 1.670.641,00	\$ 3.331.815,78	\$ 1.661.174,78	3,00	\$ 4.983.524,3
Total retroactivo diferencia pensional							\$ 102.685.566,31

Tabla Liquidación	
Retroactivo pensional	\$ 102.685.566
Total	\$ 102.685.566

Fuente	Tabla del IPC - DANE, fotos del proceso.
Observaciones	Se realiza la liquidación de acuerdo a las instrucciones del despacho.

Fecha liquidación Jueves, 12 de Agosto de 2021 Recibe: \_\_\_\_\_



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 32-2019-00610-01**

Bogotá D.C., agosto treinta (30) de dos mil veintiuno (2021)

**DEMANDANTE: CARLOS EDUARDO VALDES MORENO**

**DEMANDADO: COLPENSIONES  
COLFONDOS  
PROTECCIÓN S.A**

**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA (PROTECCIÓN SA)  
// CONSULTA COLPENSIONES**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de marzo de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de Junio de 2020.

La parte demandante (fls. 12 y 13 en expediente físico) y Protección SA (fls.4 a 11 y 14 a 20 en expediente físico) presentaron alegaciones vía correo electrónico, según lo ordenado en auto del 09 de abril de 2021, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El (la) señor(a) Carlos Eduardo Valdés Moreno instauró demanda ordinaria laboral contra AFP Colfondos SA, y Colpensiones, debidamente sustentada como aparece a folios 5 a 38 "archivo digitalizado" 01. Expediente" con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare que hubo vicio del consentimiento en el traslado de régimen de prima media con prestación definida del señor Carlos Eduardo Valdés Moreno al momento de la afiliación al fondo de pensiones Colfondos SA.
2. Que como consecuencia de lo anterior se declare que es nulo o invalido el traslado del señor Carlos Eduardo Valdés Moreno, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrados por los demandados Colfondos SA.
3. Que se declare el regreso automático de Carlos Eduardo Valdés Moreno a Colpensiones.
4. Que se ordene a los demandados Colfondos SA, a devolver a la administradora de pensiones Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido a favor del señor Carlos Eduardo Valdés Moreno, con motivo de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el art 1746 cc, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.
5. Que se tengan como semanas cotizadas al régimen de prima media con prestación definida (RPM) todas las semanas y periodos que el señor Carlos Eduardo Valdés Moreno cotizó efectivamente al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) administrado en concreto por el fondo privado demandado.
6. Que se declaren todos los derechos a favor del señor Carlos Eduardo Valdés Moreno que se encuentren probados dentro de las diligencias conforme a las facultades ultra y extra petita concedidas por la ley procesal al juez de primera instancia.
7. Que se condene en costas a las demandadas.

**Pretensiones Subsidiarias**

En caso que se considere improcedente la declaratoria de nulidad solicita decretar:

8. Subsidiariamente que el fondo demandado como administradora de fondo de pensiones dentro del régimen de seguridad social, omitió sus obligaciones en materia de asesoría a los afiliados, administración de los recursos, que les fueran confiados y garantía de acceso a la seguridad social al no brindar asesoría suficiente, amplia y oportuna

información de las ventajas y desventajas resultantes de ese traslado de fondo de pensiones y de régimen pensional.

9. Subsidiariamente que se declare que dicha omisión generó perjuicios pecuniarios al señor Carlos Eduardo Valdés Moreno, consistentes en la disminución del valor de su mesada pensional.
10. Subsidiariamente que como consecuencia de la declaración anterior, se condene al demandado, a cargo de su propio patrimonio, a reconocer a favor del señor Carlos Eduardo Valdés Moreno la diferencia entre la mesada pensional que efectivamente devengue según el RAIS, respecto de la que recibiría si estuviese afiliado en el el RPM.

### CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Contestaron la demanda: Colpensiones (fls.236 a 256 expediente digitalizado cuaderno 0.1 con subsanación en folio 288 a 290) y AFP Colfondos SA (fls.270 a 284 expediente digitalizado cuaderno 0.1)) de acuerdo al auto del 07 de septiembre de 2020, y Protección SA (expediente digitalizado 13. "Contestación Protección") vinculado como litisconsorte necesario en audiencia del 15 de septiembre de 2020, Se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito

### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 32° laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del el día 11 de marzo de 2021, **DECLARÓ** no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas **DECLARÓ** la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante CARLOS EDUARDO VALDÉS MORENO a través de COLFONDOS S.A., de fecha 13 de mayo de 1994, así como sus posteriores traslados entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como consecuencia de lo anterior, **CONDENÓ** a la vinculada PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas que haya descontado por concepto de gastos de administración y seguro previsional de los aportes efectuados por el demandante mientras estuvo afiliada a esa administradora **CONDENÓ** a la demandada COLFONDOS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los aportes efectuados por el demandante durante su afiliación al Régimen de Ahorro individual con Solidaridad, junto con sus rendimientos, y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales **ORDENÓ** a la demandada COLPENSIONES a recibir al demandante CARLOS

EDUARDO MORENO VALDES como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz. **CONDENÓ** en costas a la demandada COLFONDOS S.A. y a favor del demandante, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos 02 smimv y sin costas respecto de COLPENSIONES.

## **RECURSO DE APELACIÓN**

### **Apelación parte demandada (Protección SA)**

#### **GASTOS DE ADMINISTRACIÓN**

Presenta recurso de apelación de manera parcial en lo atinente a la causación o devolución de los gastos de administración al Régimen de Prima Media.

Considera que frente a los gastos de administración, es importante tener en cuenta que las deducciones de la cuenta de ahorros individual del hoy accionante, se realizaron por disposiciones legales, validas, exequibles, vigentes, que se encuentran contenidas en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y ya se trata de comisiones pagadas y causadas y durante toda la administración o de la corta administración de esos dineros por parte de su representada Protección SA. En tal sentido, solicita de manera respetuosa se permita conservar dichos gastos de administración a la representada, sin más observaciones cierra su recurso de alzada.

### **Apelación parte demandada (Colpensiones)**

#### **NULIDAD Y/O INEFICACIA**

Presenta recurso de apelación en contra de la sentencia teniendo en cuenta las siguientes consideraciones.

Solicita revocar la sentencia, ya que considera que la primera instancia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica bajo el entendido que Colpensiones fue un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre el demandante y las AFPS demandadas, principalmente la AFP Colfondos y por cuanto la representada no debe ser condenada ni debe asumir consecuencias, independientemente de la decisión que adoptó el Despacho en primera instancia.

La apoderada manifiesta que son conscientes que una de las consecuencias de declarar nulo o ineficaz un acuerdo jurídico es que las cosas vuelvan a su estado anterior, pero manifiesta que es importante que tengan en cuenta que ello no quiere decir que Colpensiones esté en la obligación de aceptar al demandante nuevamente en el Régimen de Prima Media, en atención a que esto perjudicaría el equilibrio financiero del sistema y afecta el principio de la sostenibilidad financiera del sistema, teniendo en cuenta que Colpensiones administra un fondo común, un fondo que debe ser protegido y que es protegido por la Constitución en el *artículo 48 del Acto Legislativo 01 del 2005* y considera que con el retorno del demandante nuevamente al Régimen de Prima Media, se estaría viendo gravemente afectado el equilibrio financiero.

Así mismo, considera la apoderada que el despacho en primera instancia tampoco tuvo en cuenta los alegatos realizados, bajo el entendido que se tenga presente la teoría del daño del derecho civil, que quien causa el daño es quien debe repararlo y en atención a que quien causó el daño con el negocio jurídico fue la AFP Colfondos y no Colpensiones, pues es la AFP Colfondos quien debe asumir las consecuencias de dicho daño y las consecuencias de dicho daño no son más que la mesada pensional del demandante, la disminución significativa del monto de la mesada pensional del demandante.

Por lo anterior reitera la apoderada que, sea la AFP que incumplió con su deber legal de obligación, quien reconozca y pague al demandante la mesada pensional en los mismo términos y condiciones que el demandante tendría derecho a esta, si estuviese afiliado al Régimen de Prima Media, ello en atención a que el demandante debe permanecer afiliado al Sistema general de pensiones en uno u otro régimen y en atención a la protección del principio de la sostenibilidad financiera del sistema.

#### CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos SA efectuado por el señor **Carlos Eduardo Valdés Moreno** el día 13 de mayo de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que la AFP Colfondos S.A. y Protección S.A. devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados a los fondos privados, a Colpensiones, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que el (la) demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida, solicitó trasladarse a la AFP Colfondos 13 de mayo de 1994 con efectividad a partir del 1° de junio de 1994 (fls.27-29 del expediente digitalizado contestación demanda protección13.) y que posterior a ello se trasladó de Colfondos SA a ING hoy Protección SA el 25 de junio de 2004 con fecha de efectividad del 01 de agosto de 2004.

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

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

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

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

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

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

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

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación del sistema pensional de ahorro individual, la H. Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado, entre otras, en reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, que a su vez, trajo a colación las sentencia SL17595 de 2017, donde rememoró la SL del 8 de septiembre de 2008 Rad. 31989 que debe retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste, lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al ISS hoy Colpensiones, teniendo en cuenta que la nulidad fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, ya sea por el pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración, conforme el artículo 963 del C.C.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda Colpensiones aportó el expediente administrativo del demandante (0.1 carpeta expediente administrativo Rad). AFP Colfondos SA aportó: copia del formulario de afiliación del demandante, consulta del estado actual de la cuenta, consulta SIAFP (expediente digitalizado memorial Colfondos 0.6 "correo remite Colfondos") Protección SA aportó movimiento de cuenta de ahorro individual con rendimientos donde aparece la relación de aportes realizada por el demandante al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Protección S.A. y los rendimientos generados, Certificado del Sistema de Información de los Afiliados a las Administradoras de Fondos de Pensiones administrado SIAFP y del cual hace parte Colpensiones, donde consta la fecha de traslado de régimen efectuado por el demandante a Protección, Solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias hoy Protección SA de fecha 25 de junio de 2004, Concepto emitido por la Superintendencia Financiera No 2015123910-002 del 29 de diciembre de 2015, Comunicado de prensa del año de gracia.

Es decir que el fondo demandado no allega ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el 13 de mayo de 1994; fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar

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

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

Claramente para el momento del traslado 13 de mayo de 1994, el demandante tenía 287 semanas (fl62 expediente administrativo digitalizado cuaderno 0.1 "Expediente") por tanto en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 37 años (nació el 01 de diciembre de 1957 – fl 79 expediente administrativo digitalizado cuaderno principal 0.1) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el régimen de prima media (actualmente ha cotizado más de 1497 semanas – fl 67 expediente digitalizado cuaderno principal 0.1), con una mesada muy superior a la que alcanzaría en el RAIS, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, situación que de hecho representaría una desventaja para sus derechos pensionales, sin que lo hubieren informado, y de hacerlo antes tendría que negociarlo en la bolsa, disminuyendo considerablemente su capital para obtener la pensión, de tal manera que para obtener en el RAIS una pensión siquiera igual a la del RPM tendría que efectuar cuantiosos aportes adicionales al RAIS, situación que no le fue advertida,

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

De otra parte, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos

fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

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

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

Finalmente, respecto del argumento expuesto por el apoderado de la demandada AFP Protección SA en cuanto a la no devolución de gastos de administración debe traerse a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre sentencia SL2207 con Rad. 84578 de 2021, mediante el cual el máximo Tribunal adoctrinó: *"Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019)."*, despachando de ésta manera la inconformidad al respecto presentado por la AFP Colfondos SA.

Ahora bien, en respuesta al argumento expuesto por la apoderada de Colpensiones, es claro según lo anterior que, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, de tal manera que al declararse la nulidad o ineficacia del traslado, recibe los aportes y sus rendimientos, junto con los gastos de administración, trayendo a colación también la reciente sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se **CONFIRMARÁ** la sentencia proferida en primera instancia el 11 de marzo de 2021, en el sentido de **DECLARAR LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó el señor Carlos Eduardo Valdés Moreno del ISS hoy Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a la AFP Colfondos SA el 13 de mayo de 1994, con efectividad a partir del 1° de junio de 1994 y que posterior a ello se trasladó de Colfondos SA a ING hoy Protección SA el 25 de junio de 2004 con fecha de efectividad del 01 de agosto de 2004.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

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

#### **COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:**

Por resultar desfavorable el recurso al apelante AFP Protección SA y Colpensiones, habrá lugar a condenarlos en costas en ésta instancia, fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cada una y a favor de la parte actora; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

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

#### **RESUELVE**

**PRIMERO:** **CONFIRMAR** la sentencia proferida el por el juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada AFP Protección SA y Colpensiones, a favor de la parte actora. Fijense como agencias en derecho la suma equivalente a medio (1/2) SMLMV a cargo de cada una de las apelantes; que se incluirán en la liquidación de costas que efectúe el *A Quo* en los términos del artículo 366 del CGP.

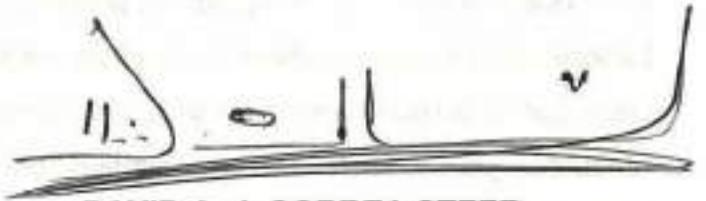
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**

(Rad. 11001310503220190061001)



**DAVID A. J. CORREA STEER**

(Rad. 1100131050322019006100)

Aclaro Voto!



**ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO**

(Rad. 1100131050322019006100)