

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada sustanciadora

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil veintidós
(2022).

Discutido y Aprobado según Acta No. 001A

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de la orden impartida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia **STL 1441-2022 radicación No. 65684 del 09 de enero de 2022**, notificada el 16 de febrero del mismo año, - la cual dejó sin efecto la sentencia de segunda instancia proferida dentro del proceso No. 11001310503520180014301 que **CARLOS BAHAMÓN GONZÁLEZ** adelantó en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y otra** - se reunieron los Magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., con la finalidad de proferir la siguiente,

SENTENCIA DE REEMPLAZO

I. ANTECEDENTES

1.1 Hechos y pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la nulidad del acto o formulario que vinculó al demandante con Colfondos S.A en agosto de 1996 y, por ende, que se encuentra en el régimen de prima media (en adelante RPMPD). Como consecuencia de lo anterior, pretende que Protección S.A. realice el traslado de todos los aportes, rendimientos, y valor del bono pensional que se encuentre en la cuenta de ahorro individual de ahorro pensional a Colpensiones.

Para fundamentar sus pretensiones relata, en síntesis, los siguientes hechos: **1)** Nació el 9 de mayo de 1959; **2)** El 8 de febrero de 1982 se afilió al ISS y permaneció en dicha entidad hasta agosto de 1996; **3)** Durante su permanencia en el RPM cotizó 758.57 semanas; **4)** En el mes de agosto de 1996, una promotora de Colfondos S.A. le ofreció la posibilidad de vincularse a dicha AFP, le manifestó que en ese régimen podía pensionarse a cualquier edad, que la mesada pensional sería más alta que en el RPM, entre otros aspectos; **5)** Al momento de la vinculación al RAIS no se le suministró información clara, cierta, suficiente y oportuna en cuanto a las características del RAIS, tampoco se le efectuó una simulación de su mesada pensional; **6)** En el mes de noviembre de 2011 por medio de un asesor comercial de la AFP Old Mutual, realizó traslado a dicha AFP; **7)** En el mes de octubre de 2017, por medio de un asesor de la AFP Protección S.A., realizó el traslado a dicho fondo; **8)** Actualmente se encuentra afiliado a Protección S.A.; **9)** Al 13 de febrero de 2018 acredita 1861.29 semanas; **10)** El 26 de enero de 2018 presenta solicitud de vinculación a Colpensiones, exponiendo las razones por las que solicita su traslado de régimen pensional, petición que fue negada.

1.2. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 96 a 112) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de fondo las denominadas inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, saneamiento de la nulidad alegada, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la genérica.

Señaló, en síntesis, que el demandante se trasladó a Colfondos de manera libre y voluntaria, sin tener injerencia alguna en tal decisión, debiéndose acreditar el engaño del fondo privado.

Indicó que, que el accionante al 01 de abril de 1994 no contaba con 40 años ni 750 semanas para poder predicar su traslado en razón de la sentencia SU-062 de 2010 y que el 26 de enero de 2018, fecha de solicitud de traslado ante Colpensiones, el accionante se encontraba a menos de 10 años para cumplir la edad pensional.

Expusó que, el error que alega el actor no es dirimente para considerar que genera nulidad, por demás que se debió solicitar dentro de los 4 años, según el artículo 1750 C.C; y que, de existir nulidad, fue saneada en los términos del artículo 1750 ejusdem, ya que, se observa una ratificación tácita, al permitirse los descuentos por parte del RAIS.

Adujo que, la Corte Suprema de Justicia ha cobijado a personas beneficiarios del régimen de transición, aspecto del que no es beneficiario el actor, y que, al momento del traslado, el accionante no tenía una expectativa legítima de pensionarse.

Finalmente expuso que, se debe dar aplicación al principio de la sostenibilidad financiera.

OLD MUTUAL S.A. (fls. 137 a 158), se opuso a las pretensiones de la demanda. Propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, pago y la genérica.

Adujo, en síntesis, que no basta con citar y/o invocar vicios de consentimiento, sino que es necesario demostrarlos, máxime cuando el traslado del actor devino de una decisión voluntaria, libre, informada, y ya venía de un fondo privado, Colfondos S.A

Refirió que, el error de derecho no produce vicios de consentimiento, y el error de hecho, no se verifica, además que el deber de información para la fecha del traslado del demandante no se encontraba vigente.

Finalmente, mencionó que desde su nacimiento, esa AFP cuenta con personal que capacita a todos sus funcionarios, especialmente a sus asesores comerciales, para explicar las características, particularidades, y bondades del RAIS; y que el accionante no es beneficiario del régimen de transición.

COLFONDOS S.A. (fls. 172 a 192), se opuso a las pretensiones de la demanda. Propuso como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y la innominada.

Señaló, en síntesis, que brindó al demandante al momento de trasladarse una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión, informándose acerca de las características del régimen, su funcionamiento, las diferencias con régimen de prima media, las ventajas y desventajas, y el derecho de rentabilidad que producen los aportes.

Precisó que, el accionante de su puño y letra suscribió formulario de afiliación, donde también señaló que dicha voluntad era sin presión o coacción, por demás que no se demuestra que hubo algún vicio del consentimiento, el error de derecho no vicia el consentimiento, y el error de hecho sólo lo vicia cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa, no obstante, el actor sí pretendió afiliarse a RAIS.

Finalmente, manifestó que, el artículo 1750 C.C establece un término de prescripción de 4 años, y el artículo 151 del CPT y de la SS, de 3 años.

PROTECCIÓN S.A. (fls. 193 a 206), se opuso a las pretensiones incoadas en la demanda, presentando como excepciones a su favor las de declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, prescripción y la genérica.

Indicó, en resumen, que no fue probado vicio del consentimiento o situación anómala que invalide el contrato suscrito con el actor, aunado a que el accionante solicitó de manera libre y voluntaria su afiliación, y recibió información detallada, clara, precisa y concisa donde las ventajas y desventajas del RAIS.

Precisó que las proyecciones pensionales pueden variar con el transcurso del tiempo, debido a cambios en el salario, hijos y el estado civil.

Expresó que el accionante no se encuentra en los supuestos de la sentencia SU 062 de 2010 para retornar al RPMPD en cualquier tiempo.

1.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El A quo dictó sentencia **ABSOLUTORIA**.

Para arribar a tal decisión, en síntesis, refirió que si bien le correspondía a Colfondos S.A acreditar si prestó asesoría al demandante, suministrando la respectiva información del régimen, las ventajas y desventajas que lo lleven incluso a desanimarse de optar por el traslado, del interrogatorio de parte se desprende que el actor tenía un conocimiento más que básico del funcionamiento del RAIS.

Expuso que no todas las circunstancias de tal régimen generan un menoscabo para el afiliado; que el actor era profesional, y no se puede considerar que estamos en un país de ignorantes, donde los afiliados ni siquiera pueden leer una ley y entenderla, pues en tales condiciones a nadie se le podría exigir su cumplimiento.

1.4. RECURSO DE APELACIÓN

DEMANDANTE

Adujo que, se debe seguir el precedente judicial, en tal sentido, verificar si se suministró de manera debida la información al demandante, por demás que, según la jurisprudencia no se le puede pedir al afiliado que tenga conocimientos de las consecuencias de estar en RAIS, cuando el deber de informar recae en la administradora, de modo que no se le puede pedir a un afiliado lego tener tales conocimientos.

Expuso que, si bien el accionante manifestó en su interrogatorio que antes de los 52 años tenía conocimiento de las consecuencias del RAIS, fue por una mala información que no se trasladó porque estaba convencido que no podía hacerlo.

Concluyó indicado que, el accionante en su interrogatorio lo que expresó fueron conocimientos generales del RAIS, pero en ningún momento se demostró que se le brindó una correcta asesoría conforme a lo dispone la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

1.5. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

El 6 de julio de 2020, se profirió fallo de instancia, en el cual, la Sala mayoritaria decidió **CONFIRMAR** la sentencia apelada, condenando en costas de instancia a la parte accionante.

II. DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La parte demandante interpuso acción de tutela contra esta Corporación, siendo conocida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, bajo el número de radicación 65684 STL 1441-2022, dentro de la cual, se profirió fallo el 09 de enero de 2022, notificada a este despacho el 16 de febrero del mismo año, en el que se dispuso:

“PRIMERO: Conceder el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, acceso a la administración de justicia, seguridad social y debido proceso de Carlos Bahamón González.

SEGUNDO: Dejar sin efecto la sentencia de 6 de julio de 2020, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que en el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación de la presente providencia, profiera nueva decisión teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: Exhortar a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que en lo sucesivo acate el precedente judicial de esta Corporación y, de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente (...)”

Sentado lo anterior, y atendiendo lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, la Sala procede a acatar el mandato ordenado por vía de tutela, teniendo en cuenta las siguientes,

III. CONSIDERACIONES

De la ineficacia del traslado

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la

ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100

de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

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

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

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

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

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

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues

invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

...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 desvirtuarlo 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.”

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nullos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar

el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, en la misma sentencia analizada (SL 1688-2019), e expuso:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está

próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Posteriormente la Alta Corporación al analizar una eventual **descapitalización del fondo y afectación al principio de sostenibilidad financiera**, a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

IV. EL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa: **i)** se afilió al RPMPD administrado en su momento por el ISS (hoy Colpensiones) el 08/02/1982 (fls. 36 y 110); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S el día 08/08/1996 a través de la A.F.P Colfondos S.A. (fl. 40 y 191); **iii)** Posteriormente realizó traslados entre AFP del RAIS, así: **1)** A Skandia S.A. hoy Old Mutual S.A. en 29/09/2011 (fl. 151) y, **2)** A Protección S.A. el 01/10/2017 (fl. 201) y, **iv)** solicitó a Colpensiones retornar nuevamente al RPM el día 26/01/2018 (fls. 47 a 48), no obstante, tal petición fue negada por dicha entidad.

Pues bien. En el análisis del material probatorio arrimado al expediente, la Sala considera que la decisión de la A Quo debe ser revocada. Lo anterior por lo siguiente:

A folios 40 y 191 del plenario se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 8 de agosto de 1996 con la AFP Colfondos S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*¹

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que el fondo privado Colfondos S.A., estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que para la fecha del traslado del accionante, esto es 8 de agosto de 1996, no se demostró el cumplimiento de dicho deber por parte de Colfondos S.A., pues recuérdese, el cumplimiento de dicho deber se juzga al momento del traslado inicial y no durante traslados posteriores entre administradoras del RAIS.

Por lo antes expuesto, y al no acreditarse por parte de la AFP encartada (Colfondos S.A.) que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la **ineficacia** o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle a la afiliada demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado, tal y como lo dijo en la pluricitada SL 1688-2019:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.”

Es por ello que la Sala no encuentra acierto en la decisión del *A Quo*, por lo que **REVOCARÁ** la sentencia apelada y, en consecuencia, se **DECLARARÁ LA INEFICACIA** del acto de traslado de Carlos Bahamón González del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de la **AFP COLFONDOS S.A.** el día 08 de agosto de 1996 y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que tal determinación comporte y como consecuencia de ello, también han de declararse ineficaces los traslados

Código Único de Identificación: 11001310503520180014301

Demandante: **CARLOS BAHAMÓN GONZÁLEZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

efectuados posteriormente a Old Mutual Skandia el día 29 de septiembre de 2011 y a Protección S.A. el 01 de octubre de 2017.

VALORES A DEVOLVER POR PARTE DE LAS AFP COMO CONSECUENCIA DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de traslado, resulta consecuente ordenar el reconocimiento y pago de la totalidad de los valores recibidos por PROTECCIÓN S.A., **incluyendo los gastos de administración**, y todos aquellos y estos **debidamente indexados**, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Frente al particular, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

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

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Finalmente, en la sentencia SL 2877 de 2020 Rad. 78667, indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. 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 el objeto o causa ilícita.

En las **restituciones mutuas** que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones,

durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

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

Así las cosas, es claro que la declaratoria de ineficacia de traslado genera, el deber de reintegrar no solo los dineros en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses y gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a los propios recursos, **debidamente indexados**, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, razón última por la que, **SE CONDENARÁ a PROTECCIÓN S.A.**, a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor al régimen de prima media, tales como aportes, rendimientos, costos cobrados por concepto de administración, bonos pensionales, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, seguros previsionales o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció el accionante en dicho régimen, como quiera que es la administradora de fondo de pensiones a la que actualmente se encuentra afiliado el señor Bahamón González.

Así mismo, y por las mismas razones, se **CONDENARÁ a COLFONDOS S.A., OLD MUTUAL SKANDIA Y A PROTECCIÓN S.A.**, a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por concepto de gastos de administración, seguros previsionales, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, con cargo a los propios recursos, debidamente indexados.

En igual sentido, se **CONDENARÁ** a **COLPENSIONES** a recibir todos los valores de la cuenta de ahorro individual del accionante; a reactivar de manera inmediata su afiliación al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad; y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

PRESCRIPCIÓN

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*.

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de las AFP COLFONDOS S.A., OLD MUTUAL S.A. Y PROTECCIÓN S.A., al haber sido vencidas en juicio, advirtiéndose que en esta instancia no hay lugar a condena en costas a cargo de Colpensiones, pues a juicio de esta Sala de Decisión, esta entidad resulta ser un tercero obligado a asistir al proceso atendiendo las pretensiones ventiladas debido a que técnicamente es el condenado a recibir de regreso al afiliado como consecuencia lógica de la conducta indebida de la AFP privada, luego, en realidad no resulta vencido en juicio, sino un tercero afectado con la declaratoria de nulidad.

VI. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia apelada. En su lugar se dispone:

- 1.1. DECLARAR LA INEFICACIA** del acto de traslado de Carlos Bahamón González del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de Colfondos S.A. el día 08 de agosto de 1996, así como el traslado posterior a Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. el 29 de septiembre de 2011 y a Protección S.A. el 01 de octubre de 2017, y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que tal determinación comporte.

- 1.2. CONDENAR** a la AFP PROTECCIÓN S.A. que proceda a trasladar a Colpensiones de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por Carlos Bahamón González y sus empleadores, tales como, aportes, rendimientos, bono pensional, cuotas de administración debidamente indexadas, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, seguros previsionales o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció el accionante en dicho régimen.
- 1.3. CONDENAR** a OLD MUTUAL S.A, COLFONDOS S.A.. y PROTECCIÓN S.A. a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por concepto de gastos de administración, seguros previsionales, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, con cargo a los propios recursos, debidamente indexados.
- 1.4. ORDENAR** a Colpensiones a recibir los valores enunciados en los literales 1.2 y 1.3 de la presente providencia; a reactivar de manera inmediata la afiliación de Carlos Bahamón González al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.
- 1.5. DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones planteadas por las accionadas.

Código Único de Identificación: 11001310503520180014301

Demandante: **CARLOS BAHAMÓN GONZÁLEZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRAS**

SEGUNDO.- COSTAS en ambas instancias a cargo de las demandadas COLFONDOS S.A., OLD MUTUAL S.A. y PROTECCIÓN S.A., como se dijo en la parte motiva de esta sentencia.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LORENZO TORRES RUSSY

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una de las AFP demandadas, esto es COLFONDOS S.A., OLD MUTUAL S.A. y PROTECCIÓN S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada sustanciadora

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil veintidós
(2022).

Discutido y Aprobado según Acta No. 001A

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de la orden impartida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia **STL 1432-2022 radicación No. 65622 del 02 de febrero de 2022**, notificada el 16 del mismo mes y año, - la cual dejó sin efecto la sentencia de segunda instancia proferida dentro del proceso No. 11001310502120190011101 que **MARÍA EUGENIA RIVERO GUALDRÓN** adelantó en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y otra** - se reunieron los Magistrados que integran la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., con la finalidad de proferir la siguiente,

SENTENCIA DE REEMPLAZO

I. ANTECEDENTES

1.1 Hechos y pretensiones

Código Único de Identificación: 11001310502120190011101

Demandante: **MARÍA EUGENIA RIVERO GUALDRÓN**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la nulidad de la afiliación realizada por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), surtida mediante formulario N° 7733067 del 23 de mayo de 2001. Igualmente pretende, se condene a Colfondos S.A a trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos los rendimientos, gastos de administración y demás valores que hubieren sido descontados; y se ordene a Colpensiones a recibir sin dilación alguna los ahorros que tenía en Colfondos S.A, y a actualizar la historia laboral una vez efectuado el retorno al régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPMPD).

Para fundamentar sus pretensiones relata, en síntesis, los siguientes hechos: **1)** Efectuó aportes al ISS desde mayo de 1990; **2)** A través del formulario N° 7733067 del 23 de mayo de 2001 se afilió al RAIS; **3)** Previo a la firma del formulario se le dijo por parte del Asesor Comercial que se podía pensionar a la edad que quisiera, con un monto más alto al que le correspondería en el RPMPD, y que el ISS se iba a liquidar y perderían las semanas allí acumuladas; **4)** Nunca le informaron las condiciones específicas que debía cumplir para disfrutar de su pensión, que debía reunir el capital necesario para financiar una pensión superior al 110% del salario mínimo legal, que debía observar la rentabilidad de los fondos de pensiones y el comportamiento de la economía, las diferentes modalidades de pensión, que su mesada podría ser variable dependiendo de la modalidad pensional, las desventajas que entrañaría el régimen, que su mesada podría ser menor a la del RPMPD, y que su pensión dependería en gran medida de aportes voluntarios; **5)** No le fue efectuada proyección pensional; y **6)** Elevó reclamación administrativa el 17 de enero de 2019, siendo contestada el 21 del mismo mes y año.

1.2. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES (fls. 49 a 75) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de fondo las denominadas inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica.

Señaló, en síntesis, que con fundamento en el principio de la libre escogencia entre regímenes pensionales la demandante decidió efectuar traslado al RAIS, tal y como se puede verificar en el formulario de afiliación, por demás que, con fundamento en dicho principio, la accionante aceptó todas las condiciones que se encuentran inmersas en tal régimen.

Indicó que la Ley 797 de 2003 estableció los tiempos de permanencia para efectuar traslados entre regímenes, limitándose el traslado cuando al afiliado le falten 10 años o menos para cumplir la edad pensional.

Manifestó que la condición de brindar asesoría conforme a la Ley 1328 de 2009 no estaba vigente al momento del traslado de la accionante y que la obligación de emitir proyecciones pensionales tan solo nació con el Decreto 2071 de 2015, por demás que resultaba incierto establecer el correspondiente monto por lo fluctuante del mercado.

Finalmente expuso que, no existió injerencia de su parte para que la accionante se trasladara al RAIS.

COLFONDOS S.A. (fls. 81 a 99), se opuso a las pretensiones de la demanda. Propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del

Código Único de Identificación: 11001310502120190011101

Demandante: **MARÍA EUGENIA RIVERO GUALDRÓN**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora a la AFP Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y la gebérica.

Expresó, que la demandante tomó una decisión informada y consciente, y en señal de ello suscribió un formulario de afiliación, donde obra constancia de su elección libre, espontánea y sin presiones.

Adujo que la edad y el monto de la pensión dependen exclusivamente de afiliado y de sus cotizaciones, e informó que para que la accionante se pudiera pensionar debía tener el 110% del capital para financiar una pensión con un salario mínimo, así como lo referente a los excedentes de libre disponibilidad, el factor de la herencia, la posibilidad de realizar aportes voluntarios, y el derecho a bono pensional.

Expresó que el deber de asesoría existe a partir de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

Manifestó que el error de hecho vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos por la accionante.

Finalmente expuso que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición ni tenía una expectativa legítima de pensionarse al momento de efectuar el traslado.

1.3 SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La A quo dictó sentencia **CONDENATORIA**, en la que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la actora al RAIS el 23 de mayo de 2001 por intermedio de Colfondos S.A., declarando como afiliación válida la del RPMPD administrado por Colpensiones. En consecuencia, condenó a

Código Único de Identificación: 11001310502120190011101

Demandante: **MARÍA EUGENIA RIVERO GUALDRÓN**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Colfondos S.A. a trasladar los aportes pensionales y cotizaciones, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración, y traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la actora, para lo cual, concedió el término de 1 mes; así mismo, condenó a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el RPMPD y a actualizar su historia laboral.

Para arribar a tal decisión la *a quo*, luego de recapitular la demanda y contestaciones, estimó que, conforme el criterio de la Corte Suprema de Justicia le correspondía al fondo privado el deber de información, señalando a su potencial afiliado las ventajas y desventajas del régimen pensional, así como sus características, pues tienen a su cargo un beneficio social, de modo que, quien tiene la carga de prueba es el fondo privado, ya que, es quien debe demostrar el deber de información.

Frente al caso particular expresó que, no se demostró según acervo probatorio recolectado, que el formulario de afiliación no es suficiente, como quiera que, con él no se puede o no se logra establecer un consentimiento informado; agregó que no es requisito estar en el régimen de transición, ya que la ineficacia está dirigida a todos los que consideren que no se les brindó la correspondiente información para efectuar su traslado; que lugar a devolver aportes, rendimientos, con excepción de los gastos de administración; y que no opera prescripción al estar frente a un derecho irrenunciable y ligado al derecho pensional.

1.4. RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES

Adujo que, para aplicar las sentencias de la Corte Suprema de Justicia se debe tener en cuenta el caso en concreto, y en especial lo atinente de derechos adquiridos y expectativas

legítimas, ya que, la actora no es beneficiaria del régimen de transición.

Consideró que las proyecciones no se podían realizar al momento del traslado, pues pendían de situaciones que podían ocurrir o no, que los cálculos realizados por la parte actora no constituyen prueba pericial y que el monto pensional de la accionante dependía de variables, por lo que, en tales aspectos no se puede considerar que hubo falta en el deber de información.

Indicó que la sentencia C-242 de 2009 refiere las reformas a los sistemas pensionales y garantiza la financiación de otros posibles afiliados; y que según Corte Constitucional se debe devolver la totalidad de lo depositado en la cuenta de ahorro individual, lo cual no puede ser inferior al monto total de haber permanecido en el RPMPD, y en caso de no ser posible, se debe aportar el dinero que haga falta por parte del afiliado.

COLFONDOS S.A.

Expuso que, según jurisprudencia del Consejo de Estado para establecer que las sentencias de la Corte Suprema de Justicia constituyen precedente judicial se debe estar frente a iguales fundamentos fácticos y jurídicos, lo que no sucede en el asunto; que, por lo anterior, el caso debe ser estudiado bajo otros parámetros jurisprudenciales como la sentencia SU-062 de 2010.

Precisó que conforme a Circulares de la Superintendencia Financiera la rentabilidad de los fondos privados es muy superior a la que genera Colpensiones, por lo que, los dineros que llevaría Colfondos S.A. son más elevados a los que hubiere generado dicha entidad.

Indicó que los gastos de administración están compensados con los rendimientos, máxime cuando se dobla los de Colpensiones y que según Decreto 2555 de 2010, los gastos de

Código Único de Identificación: 11001310502120190011101

Demandante: **MARÍA EUGENIA RIVERO GUALDRÓN**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

administración tienen destinación específica, siendo la primera, el pago de una pensión de invalidez o de sobrevivientes, sin que sea posible devolver unos emolumentos que nunca hicieron parte de la cuenta de ahorro individual de la actora, siendo reconocidos por situar dinero en diferentes fondos de inversión, haciendo de ellos, un correcto manejo.

1.5. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

El 6 de julio de 2020, se profirió fallo de instancia, en el cual, la Sala mayoritaria decidió:

“PRIMERO.- REVOCAR la sentencia apelada y consultada, y en su lugar declarar de oficio probada la excepción de eficacia del acto de afiliación de la demandante, y en consecuencia, absolver a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO.- Costas en ambas instancia a cargo de la parte actora.”

II. DE LA ACCIÓN DE TUTELA

La parte demandante interpuso acción de tutela contra esta Corporación, siendo conocida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, bajo el número de radicación 65622 STL 1432-2022, dentro de la cual, se profirió fallo el 02 de febrero de 2022, notificada a este despacho el 16 del mismo mes y año, en el que se dispuso:

“PRIMERO: Conceder el amparo constitucional invocado.

SEGUNDO: Dejar sin valor legal ni efecto jurídico el fallo que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá profirió el 6 de julio de 2020, en el proceso ordinario laboral que motivó la interposición del resguardo constitucional.

TERCERO: Ordenar al Tribunal convocado que en un término no superior a diez (10) días, contados a partir de la notificación de la presente providencia, profiera nueva decisión, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: Exhortar al Colegiado de instancia encausado para que en lo sucesivo acate el precedente judicial de esta Corporación y, de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente, en los términos de las sentencias C-621-2015 y SU-354-2017 de la Corte Constitucional. (...)”

Sentado lo anterior, y atendiendo lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, la Sala procede a acatar el mandato ordenado por vía de tutela, teniendo en cuenta las siguientes,

III. CONSIDERACIONES

De la ineficacia del traslado

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838), la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos

de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

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

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones de información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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

momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

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

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

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

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

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de

que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

...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 desvirtuarlo 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 desfavor de los consumidores financieros.”

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las

reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, en la misma sentencia analizada (SL 1688-2019), e expuso:

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar

Código Único de Identificación: 11001310502120190011101

Demandante: **MARÍA EUGENIA RIVERO GUALDRÓN**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Posteriormente, al analizar una **descapitalización del fondo público y afectación al principio de sostenibilidad financiera**, la Alta Corporación en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019 dijo que:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no

correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

IV. EL CASO CONCRETO

En el expediente está probado que la activa: **i)** se afilió al RPMPD administrado en su momento por el ISS (hoy Colpensiones) el 10/05/1990 (fls. 64 a 68); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S el día 23/05/2001 a través de la A.F.P Colfondos S.A. (fl. 38 y 99); y **iii)** solicitó a Colpensiones retornar nuevamente al RPM el día 17/01/2019 (fls. 27 a 41), no obstante, tal petición fue negada por dicha entidad.

Pues bien. En el análisis del material probatorio arrimado al expediente, la Sala considera que la decisión de la A Quo debe ser confirmada. Lo anterior por lo siguiente:

A folio 38 del plenario se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 23 de mayo de 2001 con la AFP Colfondos S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*¹

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que el fondo privado Colfondos S.A., estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Así mismo, es importante destacar que, tal y como de manera insistente ha dicho nuestro órgano de cierre, el deber de información existe desde la fundación de las A.F.P, por lo que para la fecha del traslado de la accionante, esto es 23 de mayo de 2001, no se demostró el cumplimiento de dicho deber por parte de Colfondos S.A., pues recuérdese, el cumplimiento de dicho deber se juzga al momento del traslado inicial.

Por lo antes expuesto, y al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la **ineficacia** o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle a la afiliada demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado, tal y como lo dijo en la pluricitada SL 1688-2019:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.”

Es por ello que acertara resulta de decisión de la *A Quo*, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad, pues, conforme la jurisprudencia en cita, casos como el que hoy nos ocupa, deben estudiarse bajo el criterio de la ineficacia y no desde el régimen de las nulidades, por lo cual no se requiere que la demandante pruebe la existencia de algún vicio del consentimiento, pues el estudio no se hace con base en estos, siendo inane que la actora pruebe el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

Ahora bien, al declararse la ineficacia del traslado, deben devolverse todos los valores recibidos por la AFP COLFONDOS S.A., **incluyendo los gastos de administración**, y todos aquellos y estos **debidamente indexados**, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Código Único de Identificación: 11001310502120190011101

Demandante: **MARÍA EUGENIA RIVERO GUALDRÓN**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

Frente al particular, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

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

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

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Finalmente, en la sentencia SL 2877 de 2020 Rad. 78667, indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. 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 el objeto o causa ilícita.

En las **restituciones mutuas** que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las

partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

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

Con base en las consideraciones que anteceden, no es mucho lo que hay que agregar a la sentencia de primera instancia por cuanto es claro que la declaratoria de ineficacia de traslado genera, el deber de reintegrar no solo los dineros en la cuenta de

Código Único de Identificación: 11001310502120190011101

Demandante: **MARÍA EUGENIA RIVERO GUALDRÓN**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

ahorro individual con sus respectivos rendimientos, sino además, los bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses y gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a los propios recursos, **debidamente indexados**, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, razón última por la que, **en virtud a la consulta** que se surte a favor de Colpensiones se **ADICIONARÁ** la sentencia de primera instancia, en el sentido de ORDENAR a la AFP COLFONDOS S.A., además de lo ordenado en la sentencia, la devolución de los gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a los propios recursos, debidamente indexados.

De otro lado ha de indicarse que, resulta irrelevante que la afiliada tuviese o no la calidad de beneficiaria del régimen de transición o que tuviere una expectativa pensional al momento del traslado de régimen, pues ello resulta inane para la aplicación del precedente sentado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia y que ha sido expuesto a lo largo de esta determinación.

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho*

Código Único de Identificación: 11001310502120190011101

Demandante: **MARÍA EUGENIA RIVERO GUALDRÓN**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

Por lo anteriormente expuesto, se **CONFIRMARÁ** en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de la **AFP COLFONDOS S.A.**, al haber sido vencida en juicio, advirtiendo que en esta instancia no hay lugar a condena en costas a cargo de COLPENSIONES, pues a juicio de la Sala, este resulta ser un tercero obligado a asistir al proceso atendiendo las pretensiones ventiladas debido a que técnicamente es el condenado a recibir de regreso a la afiliada como consecuencia lógica de la conducta indebida de la AFP privada, luego, en realidad no resulta vencido en juicio, sino un tercero afectado con la declaratoria de nulidad.

VI. DECISIÓN

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

R E S U E L V E

Código Único de Identificación: 11001310502120190011101

Demandante: **MARÍA EUGENIA RIVERO GUALDRÓN**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

PRIMERO. – ADICIONAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de **ORDENAR** a la **AFP COLFONDOS S.A.**, la devolución de los bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses y gastos de administración, cuotas de garantía de pensión mínima y seguros previsionales con cargo a los propios recursos, debidamente indexados, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO.- COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada COLFONDOS S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



LORENZO TORRES RUSSY

Código Único de Identificación: 11001310502120190011101

Demandante: **MARÍA EUGENIA RIVERO GUALDRÓN**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de COLFONDOS S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2019-00774 -01
Demandante: **ELSA DEL CARMEN TOVAR CORTES.**
Demandado: **UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA NACIONAL.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Ponente

PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL promovido por **ELSA DEL CARMEN TOVAR CORTRES** en contra de **UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA NACIONAL.**

EXP. 11001 31 05 012 2019 00774 01

Bogotá, D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 002

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto N° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a estudiar en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida el 17 de enero de 2022 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

La activa aspira se declare que su despido es ilegal por no existir justa causa previamente calificada por el juez laboral para terminar su relación laboral. Como consecuencia de lo anterior, solicita su reintegro, y salarios dejados de percibir.

Fundamentó sus peticiones, básicamente en que: **1)** Ingresó a laborar el 26 de enero de 2004 como maestra de cátedra en el espacio académico “estrategias para la construcción del conocimiento” de la Licenciatura en Psicología y Pedagogía; **2)** No prestó sus servicios en los periodos 2009-1 y 2010-1 por represalia de su empleador como apoyo a estudiantes en peticiones sobre mejoras en la formación; **3)** El 27 de diciembre de 2017, en el periodo de receso, se le informó que no tendría los grupos de cátedra que manejaba, dado que aún no se habían recibido estudiantes en tal área; **4)** Fue desvinculada unilateralmente el 19 de julio de 2019, sin una justificación objetiva; **5)** Era miembro de la comisión de reclamos del sindicato ASPU; y **6)** ASPU reclamó ante la universidad por la decisión de su desvinculación.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA NACIONAL contestó en audiencia del 30 de noviembre de 2021, en la que propuso las excepciones de la terminación del contrato sin previa calificación judicial, el trabajador demandante no hace parte de la junta directiva y falta prueba de la existencia de tal cargo por la demandante, terminación de la vinculación legal y reglamentaria,

imposibilidad de vinculación de docentes catedráticos sin existir necesidad del servicio, temeridad y mala fe, y la genérica.

Aceptó la fecha de ingreso de la demandante (26 de enero de 2004); que la demandante no prestó sus servicios en el periodo 2010-1; y que el 13 de septiembre de 2019 se presentó reclamación por parte de la accionante. No aceptó los demás hechos.

Indicó que la accionante no gozaba de fuero sindical, pues en el acta allegada y que fuere inscrita ante el Ministerio del Trabajo no aparece como parte de la junta directiva; y que la actora fue desvinculada por la expiración de su periodo laboral, pues su vinculación era transitoria y con ocasión de las necesidades académicas determinadas.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el Juzgado de Conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia 17 de enero de 2022, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, refirió que está acreditada la existencia de la Asociación Sindical de Profesores Universitarios- ASPU UPN; que la carga de demostrar la existencia de un fuero sindical corresponde al trabajador; que no se encuentra probado que la accionante hiciera parte de la junta directiva o de la comisión de reclamos la organización sindical; que la en la reclamación del 12 de agosto de 2019 se señala que la actora hizo parte de la comisión de reclamos hasta el 31 de diciembre de 2018; que el fuero sindical se extendió por seis meses más, por lo que la actora gozó de esta prerrogativa hasta el 30 de junio de 2019, no obstante, fue despedida el 04 de agosto de 2019; y que aunado a lo anterior, la terminación del contrato de la actora acaeció de conformidad con una justa causa legal, esto es, la expiración del plazo pactado del contrato de trabajo.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Sea preciso advertir que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del grado jurisdiccional de consulta. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior, la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a determinar si es dable considerar que la demandante gozaba de fuero sindical al momento de su despido.

DEL FUERO SINDICAL.

El fuero sindical es una garantía constitucional consagrada en el artículo 39 Superior y desarrollada en los artículos 405 y 406 del CST.

Ha reiterado la H. Corte constitucional en muchas oportunidades que la relevancia de la figura del fuero sindical está en relación de conexidad necesaria con la protección especial que la Constitución prevé para las asociaciones sindicales. Por cuanto las mencionadas organizaciones tienen a su cargo la defensa y promoción de los intereses de sus afiliados, el sistema jurídico ha diseñado las herramientas necesarias para que el ejercicio de la actividad sindical no devenga ilusoria debido a la posición dominante de los empleadores frente a los empleados. La Corte ha señalado al respecto:

Sobre esta garantía se ha pronunciado la Corte Constitucional en los siguientes términos¹:

¹ ST-330/05. H. Sierra

Demandante: **ELSA DEL CARMEN TOVAR CORTES.**

Demandado: **UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA NACIONAL.**

“Para definir el contenido y alcance de la protección constitucional que se deriva del artículo 39 de la Carta procede recordar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana de los Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador, estipulan i) que toda persona tiene derecho a asociarse libremente y a constituir sindicatos en defensa de sus intereses, ii) que, para el efecto, los trabajadores deben gozar de total libertad de elección, iii) que los requisitos para fundar e ingresar a un sindicato solo pueden ser establecidos por la propia organización, iv) que la ley puede establecer restricciones al derecho de asociación sindical en interés de la seguridad nacional y en defensa del orden público, y iv) que los Estados Partes, que a su vez son miembros del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, no pueden adoptar medidas legislativas que menoscaben la libertad sindical y el derecho a la sindicalización (La Declaración Universal de Derechos Humanos fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, Económicos Sociales y Culturales fueron abiertos a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución 2200A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, la Convención Americana de los Derechos Humanos fue adoptada por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos reunida en San José el 22 de noviembre de 1969, -Leyes 74 de 1968 y 16 de 1972 respectivamente.)

La ampliación de la figura del fuero sindical, no tuvo repercusiones tan sólo en punto de la estabilidad laboral de los beneficiados con el mismo, sino también de la categoría de trabajadores que tienen la posibilidad de asociarse en sindicatos. Al incluir el artículo 39 Superior el cuantificador universal “todos” para determinar la categoría de trabajadores pasibles de sindicalización, con las excepciones ya mencionadas, **impuso también la carga a todos los empleadores de someter a calificación judicial la decisión de desmejorar las condiciones laborales o despedir a los miembros aforados del sindicato.**” (Negrillas y subrayas de la Sala)

En igual sentido al del artículo 39 constitucional, la Organización Internacional del Trabajo- O.I.T., como organismo fuente de las normas internacionales del trabajo, ha expuesto en los Convenios 87 y 98:

El artículo 11 del Convenio 87:

“Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación”.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-012-2019-00774 -01
Demandante: **ELSA DEL CARMEN TOVAR CORTES.**
Demandado: **UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA NACIONAL.**

Por su parte, los numerales 1 y 2 del artículo 1° del Convenio 98, señalan:

“Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.

“Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:

Sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato.

b) Despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo”.

Los Convenios referidos en la jurisprudencia de la Corte son objeto de mención, como quiera que la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998, estableció como derechos fundamentales, la libertad de asociación y la libertad sindical, así como la negociación colectiva, razón por la que, tanto el Convenio 87 (ratificado mediante Ley 26 de 1976), como el Convenio 98 (ratificado mediante Ley 27 de 1976), son considerados como fundamentales, y en consecuencia no pueden ser desconocidos por ningún país miembro de la O.I.T., lo que es conteste con lo expuesto en reciente sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, **SL2543-2020**, donde se dispuso que hacen parte de los ocho convenios fundamentales de la O.I.T., y que por ende tienen carácter prevalente.

Del mismo modo, el numeral 3 del artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, estipula que:

"Nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados Partes en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo de 1948 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación (sic) a adoptar medidas legislativas

que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías."

Se concluye de lo expuesto que, por mandato constitucional, el fuero sindical se reconoce a los representantes sindicales como una garantía necesaria para el cumplimiento de su gestión, por lo que esta institución tiene una especial jerarquía, que ha pasado de ser puramente legal a ser de rango constitucional para proteger la libertad sindical y el derecho de asociación de los trabajadores. Por ello se sostiene que el fuero sindical se reconoce tanto en beneficio del sindicato como del trabajador perteneciente a éste.

Por su parte, el artículo **405** del C.S.T., define al fuero sindical como *"la garantía de que gozan algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el Juez del Trabajo"*.

Y el artículo 406 ídem, subrogado por el 57 de la Ley 50 de 1990 y modificado por el 12 de la Ley 584 de 2000, consagra:

"Trabajadores amparados por el fuero sindical. Están amparados por el fuero sindical:

(...) c) Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más;

d) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo período de la junta directiva y por seis (6) meses más, sin que pueda existir en una empresa más de una (1) comisión estatutaria de reclamos. (...)"

En cuanto a las **acciones que derivan del fuero sindical**, los artículos 113 y 118 del C.P.T. y de la S.S. consagran las acciones que pueden instaurar empleadores y trabajadores

relacionados con la protección constitucional y legal del fuero sindical. Dicen las normas referidas:

“ARTÍCULO 113, modificado por el artículo 44 de la Ley 712 de 2001. **“DEMANDA DEL EMPLEADOR.** La demanda del empleador tendiente a obtener permiso para despedir a un trabajador amparado por fuero sindical, para desmejorarlo en sus condiciones de trabajo, o para trasladarlo a otro establecimiento de la misma empresa o a un municipio distinto, deberá expresar la justa causa invocada.

Con la certificación de inscripción en el registro sindical o la comunicación al empleador de la inscripción se presume la existencia del fuero sindical.”

“ARTÍCULO 118, modificado por el artículo 48 de la Ley 712 de 2001. **“DEMANDA DEL TRABAJADOR.** La demanda del trabajador amparado por el fuero sindical, que hubiere sido despedido o desmejorado en sus condiciones de trabajo o trasladado sin justa causa previamente calificada por el juez laboral, se tramitará conforme al procedimiento señalado en los artículos 113 y siguientes.

Con la certificación de inscripción en el registro sindical o la comunicación al empleador de la elección, se presume la existencia del fuero del demandante.”

Como se ve, existen dos acciones para garantizar a los trabajadores el fuero sindical: la de levantamiento del fuero sindical y la acción de reintegro, reinstalación o restitución. Cada una se resuelve mediante un procedimiento especial. El primero, a cargo del patrono interesado en obtener del juez laboral el permiso que le permitirá despedir, trasladar o desmejorar las condiciones del trabajador aforado, y el segundo, es cuando el trabajador promueve la acción contra el patrono que actuó sin cumplir el anterior requisito.

Así las cosas, se puede determinar que primero, el objeto de la solicitud judicial previa al despido, traslado o desmejora en las condiciones de trabajo, es la verificación de la ocurrencia real de la causa alegada y la valoración de su legalidad e ilegalidad. Y segundo, el objeto de la acción de reintegro, reinstalación o restitución es analizar si el demandado estaba obligado a solicitar el permiso judicial, y si dicho requisito efectivamente se cumplió.

Demandante: **ELSA DEL CARMEN TOVAR CORTES.**

Demandado: **UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA NACIONAL.**

Determinado lo anterior, como estamos en presencia de una demanda presentada por una trabajadora con la pretensión de que sea reintegrada al gozar de fuero sindical, al juez laboral sólo le es viable determinar si es dable ordenar el reintegro del trabajador. Al respecto, el artículo 410 del C.S.T., señala:

“Si en el caso de que trata el inciso primero del artículo 118 del Código Procesal del Trabajo se comprobare que el trabajador fue despedido sin sujeción a las normas que regulan el fuero sindical, se ordenará su reintegro y se condenará al {empleador} a pagarle, a título de indemnización, los salarios dejados de percibir por causa del despido”.

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

- i)** Elsa del Carmen Tocar Cortés laboró al servicio de la Universidad Pedagógica Nacional para los periodos académicos 2004-I a 2009-II y 2010-II al 2019-I; en este último periodo académico se vinculó mediante la Resolución 0169 del 01 de febrero de 2019, y posteriormente, se expidió la Resolución 0907 del 18 de julio de 2019, en la que se determinó que la labor de la actora finiquitaría el 04 de agosto de 2019 (fl.58 y 59 y medio óptico de folio 60).
- ii)** La junta directiva y/o comité ejecutivo de la Asociación Sindical de Profesores Universitarios- Seccional Universidad Pedagógica fue modificada mediante asamblea del 16 de noviembre de 2018, lo que se registró ante el Ministerio de Trabajo el 09 de enero de 2019, sin que se avizore que la actora hace parte de la junta directiva o de la comisión de reclamos (fls.21 y 22).
- iii)** En petición del 12 de agosto de 2019, el Presidente Nacional de ASPU, Pedro Hernández Castillo, informó que la demandante fue miembro de la comisión de reclamos de la seccional ASPU-UPN hasta el 31 de

diciembre de 2018; la que se respondió por parte de la demandada el 01 de octubre de 2019, señalándose que se respetó la garantía foral de la demandante mientras ésta ostentó tal beneficio (fls.24 a 30 y 48).

Pues bien. Sentando lo anterior, encuentra la Sala que está acreditado que la demandante ostentó la calidad de miembro de la comisión de reclamos Asociación Sindical de Profesores Universitarios- Seccional Universidad Pedagógica hasta el 31 de diciembre de 2018.

De esta manera, y de conformidad con el literal d) del artículo 406 del C.S.T., el fuero sindical de la accionante se extendió por el tiempo que duró el mandato y hasta por seis meses más, de manera que, si su calidad de miembro de la comisión de reclamos se extinguió el **31 de diciembre de 2018**, su garantía foral se extendió hasta el **30 de junio de 2019**.

En el sub lite, obra Resolución 0169 del 01 de febrero de 2019 a través de la que se dispuso que la actora estaría vinculada por el periodo académico del 04 de febrero al 22 de junio de 2019, no obstante, esta fecha se prorrogó hasta el 04 de agosto de 2019 mediante la Resolución 0907 del 18 de julio de 2019 (medio óptico de folio 60), de modo que, para el momento en que se terminó la relación laboral, la accionante no gozaba de fuero sindical, pues como quedó visto, este beneficio se extendió hasta el 30 de junio de 2019, y la terminación de la relación laboral acaeció el 04 de agosto del mismo año.

Aunado a lo anterior, en cuanto a la terminación de contratos de trabajo por expiración del plazo inicialmente pactado cuando un trabajador está amparado por fuero sindical, la jurisprudencia tanto de la H. Corte Constitucional como de la H. Corte Suprema de Justicia, ha estado encaminada a establecer que no es necesario efectuar el levantamiento de su fuero sindical

por cuanto no se trata de un despido. En efecto, la H. Corte Constitucional en sentencias T-1334 de 2001, T-326 de 2002, T-116 de 2009, T-162 de 2009, sostuvo tal postura; en la última sentencia reseñada estableció:

“6.3. De lo afirmado se desprende que es de la esencia de la protección foral la previa autorización judicial para “despedir” al trabajador aforado. El juez debe comprobar si existe o no una justa causa y por consiguiente autoriza o no el despido, traslado o desmejora. De modo, que la previa autorización judicial para el despido del trabajador con fuero sindical es una exigencia legal y su desconocimiento afecta el debido proceso y los derechos de asociación, libertad y fuero sindical. Lo anterior, por cuanto el patrono no puede definir motu proprio el despido, traslado o desmejora de quien goza de fuero sindical, ni calificar la causa. Se impone, por consiguiente, la necesidad de previa calificación judicial.

“6.4. No obstante lo anterior, es de resaltar que el artículo 411 del CST 2 , señala los casos en que la terminación del contrato procede, sin previa calificación judicial, así:

“La terminación del contrato de trabajo por la realización de la obra contratada, por la ejecución del trabajo accidental, ocasional o transitorio, por mutuo consentimiento, o por sentencia de autoridad competente, no requiere previa calificación judicial en ningún caso. (...)

“7.3. Al acordar las partes la modalidad contractual de duración definida, en la terminación del vínculo debía observarse lo dispuesto por el artículo 46 del CST, esto es, dar aviso a los actores de la no continuidad de su contrato a término fijo, lo que en efecto ocurrió con la antelación exigida por la ley y por escrito. Como sustento de la decisión se invoca el fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela, mediante el cual al resolver la acción T -003 del 24 de enero de 1992, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, se dijo: “...Fuero Sindical. No ampara a trabajadores vinculados por contrato a término fijo. Esa apreciación en sentir de la Corte, es de índole jurídica y además se aviene con la jurisprudencia de esta Sala, al considerar de vieja data que el reintegro en los contratos a término fijo no es posible, ya que estos por ministerio de la ley pueden darse por terminados por parte del empleador al fenecer el respectivo periodo con el lleno de las formalidades de ley...”

En igual sentido, la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral en sentencia del 25 de marzo del 2009, Rad. 34142, estableció:

“En tratándose de contratos a término fijo, la garantía de estabilidad laboral que se le brinda al trabajador con fuero sindical, no puede extenderse más allá del vencimiento del plazo

Demandante: **ELSA DEL CARMEN TOVAR CORTES.**

Demandado: **UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA NACIONAL.**

fijo pactado, pues si lo que prohíbe el legislador es el despido, tal supuesto fáctico no se transgrede, cuando la terminación del contrato se produce por uno de los modos establecidos legalmente, como sucede con el fenecimiento de la relación laboral por cumplirse el plazo que, por consenso, acordaron las partes. En efecto, todas las garantías que se derivan del fuero sindical, deben ser acatadas y respetadas por los empleadores durante el término de vigencia del contrato, cuando de nexos contractuales por periodo fijo se trate. De ahí, que no se requiera autorización judicial para dar por terminado un nexo contractual laboral a término fijo, en el evento de ostentar el trabajador la garantía que se deriva del fuero sindical. En las condiciones que anteceden, el empleador no está obligado a renovar el contrato de trabajo con plazo determinado, respecto de los trabajadores aforados, cuando previamente y dentro de los términos previstos en la ley, ha informado de su intención de no prorrogarlo, sin que esa circunstancia implique violación alguna al derecho de negociación colectiva, pues la figura de los suplentes en los órganos de dirección de las organizaciones sindicales, tiene como propósito el reemplazo de los titulares ante sus faltas temporales o definitivas.”

Así mismo, en diversos pronunciamientos de tutela de la H. Corte Suprema de Justicia, tal postura ha sido objeto de respaldo, como lo es en las sentencias STP8878-2021, STL12064-2020, STL6790-2020, por mencionar algunas.

Por tanto, y dado que la vinculación de la accionante fue por periodos académicos, considera la Sala que una vez feneciera este, era dable dar terminación al contrato de trabajo, tal y como ocurrió en el asunto de marras, pues como quedó visto, la relación laboral de las partes se extendió hasta el 04 de agosto de 2019, fecha en la que finalizó el último periodo académico, calenda para la cual no gozaba de la garantía foral necesaria de acreditar en este proceso especial de fuero sindical.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VI. COSTAS

Sin costas en esta instancia.

Demandante: **ELSA DEL CARMEN TOVAR CORTES.**

Demandado: **UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA NACIONAL.**

VII. DECISIÓN

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

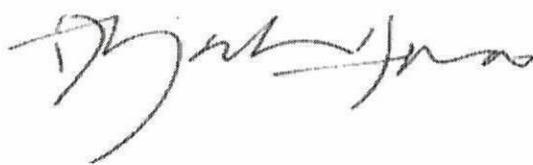
RESUELVE:

PRIMERO. – **CONFIRMAR** por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión, la sentencia de origen y fecha conocidos.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

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

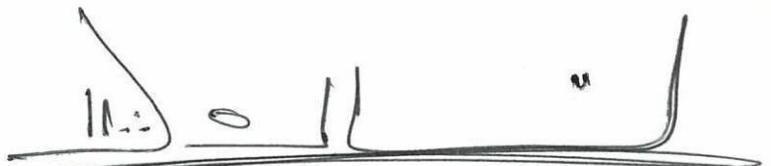
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER