

Código Único de Identificación: 11001310501020190000401

Demandante: GLORIA STELLA DÍAZ ORTIZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.**

Magistrada ponente.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 004

**AUTO**

Reconózcase como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el recurso de apelación interpuesto por el (la) apoderado (a) de la demandante, la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, el 20 de mayo de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **GLORIA STELLA DÍAZ ORTIZ** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

## SENTENCIA

### I. ANTECEDENTES

#### 1. Hechos y Pretensiones

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del régimen de prima media (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), efectuado a través de Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, y a esta última a reactivar la afiliación de la actora.

Como fundamento de sus pretensiones la activa argumentó la presunta falta de información suministrada por parte del fondo privado al momento de efectuarse su correspondiente traslado.

### II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

**COLPENSIONES**, (fls. 40 a 50), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones contra esta dirigidas, tras declarar que no eran ciertos o que no le constaban la mayoría de los hechos y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

**PORVENIR S.A.** (fls. 81 a 127), contestó la demanda, con oposición a todas y cada una de las pretensiones, tras declarar que no eran ciertos o que no le constaban la mayoría de los hechos, y en su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

La a quo dictó sentencia **absolutoria**. Para arribar a tal decisión, expuso, en síntesis, que en este caso del interrogatorio de parte rendido por la actora se evidencia que el traslado de régimen efectuado por la demandante no contó con la presencia de un asesor de la AFP, sino que el mismo se hizo por la jefe de recursos humanos de la entidad donde laboraba en ese momento, lo que contradice lo indicado en la demanda, donde refiere que fue inducida a engaño por parte de los asesores del fondo privado.

Señaló que, según el interrogatorio de parte rendido por la accionante, ella “faltó a la verdad” porque lo que dice en la demanda son hechos que fundamentan sus pretensiones y por tanto confesiones que hace la demandante, y en este caso en la demanda, desde el hecho 4 hasta el 10 repite constantemente que sí tuvo asesoría, lo que se respalda con el formulario de afiliación, ya que en este se encuentra plasmado el nombre y número de cédula del asesor.

Precisó que, conforme lo dispuesto en el artículo 205 del C.G.P., se consideró que lo expuesto por la parte demandada es cierto, esto es que a la demandante sí se le brindó la información respectiva al momento de su traslado de régimen pensional.

### **IV. RECURSO DE APELACIÓN**

## **DEMANDANTE**

Argumentó que, de acuerdo a lo normado en el Decreto 656 de 1994 y 663 de 1993, a las AFP les competía entregar información al posible afiliado al momento del traslado, lo que significa que, no es por la profesión del afiliado, sino que es obligación de las AFP entregar la información correspondiente al afiliado, lo que en este caso no sucedió porque no hubo un asesor o una persona que asesorara a la demandante respecto de las consecuencias, ventajas y características de los regímenes pensionales.

Precisó que, en efecto, como se dijo en el hecho 8° de la demanda se hace alusión a que la afiliación de la demandante no fue personalizada, sin que sea necesario mentir sobre si hubo un asesor, ya que sí lo hubo y no dio la información, lo que equivale a decir que no lo hubo, siendo eso lo que se planteó en la demanda, ya que su sustento fáctico es que no fue personal, sino que se hicieron unas reuniones como lo dijo la actora, pero estas fueron con la dirección de personal, no con ella.

Expone que la demandante no está faltando a la verdad, como se dice en el fallo, además, si bien el formulario fue firmado por un asesor, ahí dice que atendieron a la empresa, pero no a ella, ya que lo que sucedía en esa época era que los asesores llegaban a la empresa y hablaban con recursos humanos, allí dejaban los formularios y esta dependencia hacía las afiliaciones masivas, a lo cual se agrega que la actora trabajaba con Fiduciaria Popular que pertenece al grupo Aval y Porvenir S.A. es de este grupo, por lo que con mayor razón iba a suscribir el formulario de afiliación, apareciendo en este la firma de la demandante, pero no fue el asesor el que la atendió a ella.

Adujo que la misma Corte ha dicho que en estos casos se invierte la carga de la prueba y es la AFP la que tiene que

Código Único de Identificación: 11001310501020190000401

Demandante: GLORIA STELLA DÍAZ ORTIZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

demostrar, entonces ¿por qué Porvenir S.A. no trajo al señor que firmó el formulario?, teniendo en cuenta que son ellos lo que tienen todo el aparato para demostrar que sí dieron la información, así, Porvenir S.A. no cumplió con la obligación de suministrar la información a la afiliada de manera clara, indicando las ventajas y desventajas del traslado.

En cuanto a la pretensión declarativa No. 2, en la que se habla de que la demandante fue inducida en engaño por el asesor de ese fondo, como la Corte lo ha dicho, es que el engaño no es solo con lo que se dice, sino con el silencio que se guarda y en este caso se guardó silencio, siendo además un silencio absoluto porque no hubo asesor, entonces el engaño sí se plasmó al no asesorar a la demandante.

#### **Actuación Procesal en Segunda Instancia**

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 9 de septiembre de 2021, se admite el recurso de apelación. Luego se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las partes, quienes reiteraron sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso.

#### **V. CONSIDERACIONES**

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante

del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

### **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 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.

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 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, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, 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.

(...)”.

**b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado,** la ya referida 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:

“... Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible– o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta

obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

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

**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 que 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

Código Único de Identificación: 11001310501020190000401

Demandante: GLORIA STELLA DÍAZ ORTIZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Frente a los efectos o consecuencias de la afiliación desinformada en dicha decisión se dispuso que la 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 al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

“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.

(...)

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. (...)

Posteriormente, en cuanto a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Alta Corporación en 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»”.

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

## **VI. DEL CASO CONCRETO**

Código Único de Identificación: 11001310501020190000401

Demandante: GLORIA STELLA DÍAZ ORTIZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

En el expediente está probado que la activa: **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el día 30/08/1984 (fl. 46 Archivo GRP-SCH-HL-66554443332211\_1484-20190506045603.PDF); **ii)** que solicitó traslado hacia el R.A.I.S. el día 22/02/1999 a través de la A.F.P Porvenir S.A (fl. 12 y 123); **iii)** efectuó traslado horizontal entre administradoras del RAIS el día 21/07/2006 a Horizonte S.A. - hoy Porvenir S.A (fl. 122); y **iv)** el día 13/11/2018 (fl. 19) solicitó a Colpensiones el traslado de nuevo al R.P.M.P.D.

Pues bien, a folios 12 y 123 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió 22/02/1999 con la AFP Porvenir 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<sup>1</sup>

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el Juez laboral no está sujeto a tarifa legal de pruebas, por lo que la correspondiente AFP 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; omisión que no puede subsanarse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte y de lo que el A Quo se valió para dictar sentencia absolutoria, por cuanto de lo narrado allí en realidad no resulta viable derivar una confesión, al no lograrse evidenciar que se le brindó la información suficiente en los términos expuestos por la Sala Laboral de la H. C.S.J., pues de dicha prueba no logra esclarecerse que la actora conociera las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; por

---

<sup>1</sup> 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." SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

tanto, no se considera dable que tales manifestaciones contengan consecuencias adversas para la ella, ni mucho menos, que respalden los argumentos carentes de prueba de la parte demandada, máxime si se tiene en cuenta que resulta inviable exigir, a quien se encuentra en desventaja probatoria, acreditar hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar.

Ahora bien, si en gracia de discusión se tuvieran los dichos de la demandante como una confesión, pertinente resulta recordar que este medio probatorio admite prueba en contrario, y en el proceso no fue allegada prueba alguna que demuestre que a la actora se le dio la información o mejor, que fue cumplido el deber de información por parte de la A.F.P., además, si bien los hechos de la demanda resultan ser contradictorios con lo manifestado por la demandante en su interrogatorio de parte, ello es una situación que en nada beneficia a la AFP encartada, ya que el deber de información, re reitera, no fue acreditado con una prueba suficiente.

Finalmente, la presunta incoherencia entre los hechos de la demanda con lo narrado en el interrogatorio de parte, lo único que hace es ratificar el incumplimiento de las obligaciones de la A.F.P., quien incluso pese a dichas contradicciones no logró acreditar que brindó una asesoría *personalizada* y suficiente en aras a que su posible nueva afiliada estuviera instruida de manera cabal frente al cambio que pretendía hacer; y frente a ello -se insiste- el escenario de la carga de la prueba se trasladó a la A.F.P, por la inversión de la carga de la prueba al ser esta quien está ubicada en mejor posición de probar que se brindó la asesoría debida, lo que en el de marras no logró acreditarse.

También debe recordarse, 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 al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado, (SL 1688-2019), pues el estudio de casos como el que nos ocupa no se hace con base en estos, siendo inane que la accionante demuestre el acaecimiento de alguno de los vicios del consentimiento.

Así mismo, conforme las consideraciones jurisprudenciales extensamente expuestas, es menester tener en cuenta que las reasesorías brindadas tampoco cumplen el cometido del deber de información porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, rememórese que la ineficacia es insaneable, al no ser posible sanear aquello que nunca produjo efectos, por lo que el traslado de régimen no puede entenderse saneado o ratificado por el paso del tiempo, por los aportes pagados durante el tiempo de afiliación al RAIS o los traslados realizados entre administradoras de dicho régimen.

Con sustento en estos presupuestos, la Sala estima desacertada la conclusión de la A Quo, por lo que, se **REVOCARÁ** la sentencia apelada y, en consecuencia, se **DECLARARÁ LA INEFICACIA** del acto de traslado de la señora Gloria Stella Díaz Ortiz del RPM al R.A.I.S, realizado a través de la AFP PORVENIR S.A. el 22 de febrero de 1999, así como el realizado posteriormente a la AFP HORIZONTE S.A. el 21 de julio de 2006 y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que tal determinación comporte.

Esto que se dice conlleva entonces, a que las partes deben ser restituidas al estado anterior (art. 1746 del CCC), esto es, que la afiliación del demandante con el ISS, hoy Colpensiones, no solo nunca sufrió alteración alguna, sino que la entidad demandada que actualmente maneja la cuenta de ahorro

individual del demandante, esto es, la AFP PORVENIR S.A, deberá devolver a la administradora del R.P.M.P.D. todos los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo sus rendimientos, gastos de administración, seguros previsionales, comisiones y los descontados para el fondo de garantía de pensión mínima, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció la accionante en dicho régimen, debidamente indexados; (SL3199-2021, SL4192-2021, SL3871-2021, entre otras).

Así las cosas, se **CONDENARÁ** a la **AFP PORVENIR S.A.**, a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora 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, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció la accionante en dicho régimen, como quiera que es la administradora de fondo de pensiones a la que actualmente se encuentra afiliada la señora Rojas Novoa.

Así mismo se **ORDENARÁ** a Colpensiones a reactivar de manera inmediata la afiliación de Gloria Stella Díaz Ortiz al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad, a recibir los valores devueltos por las AFP, y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

### **PRESCRIPCIÓN**

En cuanto a la **excepción de prescripción** se tiene que la acción de nulidad 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

Código Único de Identificación: 11001310501020190000401

Demandante: GLORIA STELLA DÍAZ ORTIZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado. (Sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838). La misma lógica, además, 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).

#### **VII. COSTAS**

Costas en esta instancia a cargo de la **AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, por ser vencidas en juicio.

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

#### **VIII. 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 de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión. En su lugar se dispone:

**1.1. DECLARAR LA INEFICACIA** del acto de traslado de Gloria Stella Díaz Ortiz del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de PORVENIR S.A. el día 22 de febrero de 1999, así como el efectuado posteriormente a Horizonte hoy Porvenir S.A. el 21 de julio de 2006, 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 PORVENIR S.A.**, que proceda a trasladar a Colpensiones de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por Gloria Stella Díaz Ortiz y sus empleadores, tales como, aportes, rendimientos, bono pensional, cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció la accionante en dicho régimen debidamente indexadas.

**1.3. CONDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.**, que traslade a Colpensiones los dineros que por concepto de gastos de administración y seguros provisionales fueron descontados en su momento a la accionante debidamente indexados, conforme se indicó en la parte motiva de esta providencia.

**1.4. ORDENAR** a Colpensiones a recibir los valores enunciados los literales 1.2 y 1.3. de la presente

Código Único de Identificación: 11001310501020190000401

Demandante: GLORIA STELLA DÍAZ ORTIZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

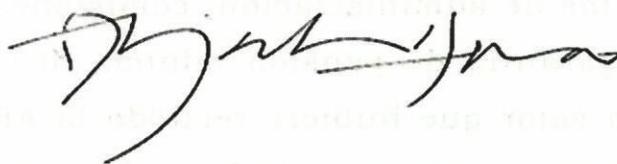
providencia; a reactivar la afiliación de Gloria Stella Díaz Ortiz al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

**1.5. DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones planteadas por las accionadas.

**SEGUNDO.- COSTAS** en ambas instancias a cargo de las demandadas **AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**

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.

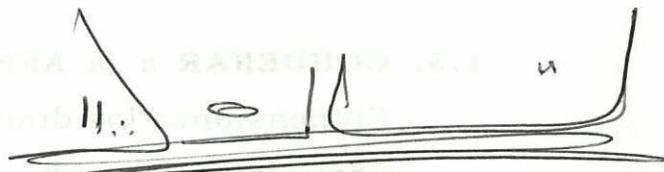
Los Magistrados,



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**



**DAVID A.J. CORREA STEER**

*Aclaro voto*

Código Único de Identificación: 11001310501020190000401

Demandante: GLORIA STELLA DÍAZ ORTIZ

Demandado: COLPENSIONES Y OTRA

### **AUTO**

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



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**



**110013105031202100616 01**

**REPUBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL  
DE BOGOTA D.C.  
SALA LABORAL**

**SECRETARIA**  
Calle 24 No. 53-28  
Torre C Oficina 304

**No. PROCESO :** **2021 00616 01**

**Clase de Proceso** 06 FUEROS APELACION ORALIDAD

**Recurso** Anelación Sentencia

**Demandante** MARIA DEL PILAR BONILLA BAMBAGUE

**Demandado** CENTRO COMERCIAL EL GRANSAN

**MAGISTRADO** ALEJANDRA MARIA HENAO PA

**Fecha de Reparto** 29 ABR 2022

# THE UNIVERSITY OF CHICAGO

THE UNIVERSITY OF CHICAGO  
1890-1900

1890-1900

1890-1900

## THE UNIVERSITY OF CHICAGO

1890-1900

1890-1900

1890-1900

1890-1900

1890-1900

1890-1900

1890-1900

1890-1900

1890-1900

1890-1900

1890-1900

1890-1900

1890-1900

REPUBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL

ACTA INDIVIDUAL DE REPARTO

GRUPO : FUEROS - APELACION-ORALIDAD

REPARTIDO AL MAGISTRADO : ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

DESP 016

SECUENCIA : 3479

FECHA DE REPARTO : 26/abril/2022

<u>IDENTIFICACION</u>	<u>NOMBRE</u>	<u>APELLIDOS</u>	<u>PARTE</u>
8300258757	CENTRO COMERCIAL EL GRANSAN		DEMANDADO
52531141	MARIA DEL PILAR	BONILLA BAMBAGUE	DEMANDANTE

CUADERNOS : 1

אזהרה: המידע המוצג כאן אינו מהווה ייעוץ משפטי או תחליף ליועץ משפטי.

FOLIOS : PDF

  
OPERADOR REPARTO

1987-1988

1987-1988

1987-1988

1987-1988

1987-1988

1987-1988

1987-1988

1987-1988

1987-1988

1987-1988

1987-1988

1987-1988

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2021-00616 -01  
Demandante: **MARÍA DEL PILAR BONILLA BAMBAGUE.**  
Demandado: **CENTRO COMERCIAL EL GRANSAN VICTORINO P.H.**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**



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

Bogotá, D.C., once (11) de mayo de dos mil veintidós (2022).

Discutido y Aprobado según Acta No 005.

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, LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE, y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente)**, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida el 28 de marzo de 2022 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del **PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL** promovido por **MARÍA DEL PILAR BONILLA BAMBAGUE** contra **CENTRO COMERCIAL EL GRANSAN VICTORINO P.H.**

**SENTENCIA**

**I. ANTECEDENTES**

La parte activa solicita su reintegro al mismo cargo que venía desempeñando o a uno de superior jerarquía por encontrarse amparada de fuero sindical, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales, y aportes al sistema de seguridad social dejados de percibir desde su despido hasta su reintegro.

Fundamentó sus peticiones, básicamente en que: **1)** El 09 de noviembre de 2014 celebró contrato de trabajo con El Centro

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2021-00616 -01  
Demandante: **MARÍA DEL PILAR BONILLA BAMBAGUE.**  
Demandado: **CENTRO COMERCIAL EL GRANSAN VICTORINO P.H.**

Comercial El Gransan Victorino P.H., para desempeñar el cargo de Digitadora; **2)** Fue nombrada como Jefe de Servicios Generales, cargo en el que devengaba \$2'400.000; **3)** Desempeñaba su labor de manera personal, atendiendo instrucciones del empleador, y cumpliendo horario de trabajo; **4)** El 12 de noviembre de 2021, el Sindicato de Trabajadores del Centro Comercial El Gran San Victorino P.H.- SINTRASAN la nombró Vicepresidenta de la Junta Directiva; lo que se comunicó el 17 de noviembre de 2021 a su empleador; y **5)** El 17 de noviembre de 2021 se le dio por terminado su contrato de trabajo.

## **II. RESPUESTA A LA DEMANDA.**

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

**CENTRO COMERCIAL EL GRANSAN VICTORINO P.H.**, en audiencia del 28 de marzo de 2022, se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo en su defensa las excepciones de mérito que denominó, falta de legitimación de la demandante de la acción de reintegro como protección foral, inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido, falta de título y falta de la causa de la demandante, prescripción, y la genérica.

Aceptó la existencia del contrato de trabajo, los extremos temporales del mismo, el cargo desempeñado por la demandante, el salario devengado, así como que el 17 de noviembre de 2021 se dio por terminado el contrato de trabajo a la demandante. Negó los demás hechos.

En su defensa argumentó que únicamente es oponible el fuero sindical al empleador cuando éste ha sido debidamente comunicado de aquel, así como de la constitución del sindicato, y de sus integrantes; que en la comunicación remitida por el sindicato el 17 de noviembre de 2021, no se allegó el acta de fundadores del mismo, para verificar sus integrantes; que el 18

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2021-00616 -01  
Demandante: **MARÍA DEL PILAR BONILLA BAMBAGUE.**  
Demandado: **CENTRO COMERCIAL EL GRANSAN VICTORINO  
P.H.**

de noviembre de 2021 se solicitó se aportara la aludida acta; que el acta de depósito se radicó ante el Ministerio de Trabajo el 18 de noviembre de 2021; y que la demandante era representante del empleador, pues era Jefe de Servicios Generales, por lo que, no podía aceptar el cargo de directivo de la organización sindical.

### **III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.**

Agotada la etapa de pruebas, el Juzgado de Conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 28 de marzo de 2022, en la que dictó **sentencia absolutoria.**

En síntesis, la A Quo advirtió estar acreditada la existencia del sindicato SINTRASAN; que en principio está demostrado que la accionante hace parte de la junta directiva de dicho sindicato, como Vicepresidenta; que el fuero sindical empezó a surtir efectos desde el momento en que el nombramiento de la actora fue oponible, lo que ocurrió con la inscripción de tal acto ante el Ministerio del Trabajo el 17 de noviembre de 2021 a las 9:45 A.M., y con la comunicación al empleador, lo que ocurrió el mismo día a las 12:15 P.M.; que por lo anterior, al entregarse la carta de terminación del contrato de trabajo, el 17 de noviembre de 2021 a las 17:15 P.M., se considera que para tal momento la actora aparentemente gozaba de fuero sindical; no obstante las anteriores probanzas, concluyó que la demandante no gozaba de fuero sindical, ya que estaba impedida para hacer parte de la junta directiva de SINTRASAN, pues también era representante del empleador al ostentar el cargo de Jefe de Servicios Generales, y en consecuencia que tenía personas a su cargo, circunstancias que la excluían de ser sujeto del fuero pretendido.

### **IV. RECURSO DE APELACIÓN.**

La **parte actora** adujo que de las pruebas arrimadas al Despacho se puede observar las funciones que desarrollaba la accionante, no observándose que efectuara funciones directivas,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2021-00616 -01  
Demandante: **MARÍA DEL PILAR BONILLA BAMBAGUE.**  
Demandado: **CENTRO COMERCIAL EL GRANSAN VICTORINO  
P.H.**

control, o administrativas, o de servicios internos que impidieran el curso de actividades laborales; que no tenía capacidad de dirección, debía consultar sus decisiones a su empleador; y que la actora no era una trabajadora de dirección, manejo y confianza.

#### **V. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Conforme 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 recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

#### **VI. CONSIDERACIONES**

Conforme a los reparos expuestos en la apelación, la Sala encuentra que el **problema jurídico a resolver** se circunscribe a determinar si el empleador debió acudir previamente ante el juez del trabajo para dar por terminado el contrato de la demandante por gozar presuntamente de fuero sindical.

#### **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 C.S.T.

Sobre esta garantía se ha pronunciado la Corte Constitucional en los siguientes términos<sup>1</sup>:

“(…)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

---

<sup>1</sup> ST-330/05. H. Sierra

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".

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:

- a) 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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2021-00616 -01  
Demandante: **MARÍA DEL PILAR BONILLA BAMBAGUE.**  
Demandado: **CENTRO COMERCIAL EL GRANSAN VICTORINO  
P.H.**

(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; (...)”

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 dos acciones que pueden instaurar empleadores y trabajadores relacionadas con la protección constitucional y legal del 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.

Determinado lo anterior, como estamos en presencia de una demanda presentada por un trabajador con la pretensión de ser reintegrado en sus condiciones de trabajo, al juez laboral sólo le es viable determinar si el demandado estaba obligado a solicitar el permiso judicial.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2021-00616 -01  
Demandante: **MARÍA DEL PILAR BONILLA BAMBAGUE.**  
Demandado: **CENTRO COMERCIAL EL GRANSAN VICTORINO  
P.H.**

### **DEL CASO EN CONCRETO.**

#### **De lo probado en el proceso:**

No son objeto de controversia en esta instancia los hechos relativos a **i)** la existencia del contrato de trabajo, los extremos temporales del mismo, el cargo desempeñado por la demandante, el salario devengado, así como la terminación de su contrato de trabajo el 17 de noviembre de 2021, pues los mismos fueron aceptados desde la contestación de la demanda, además de la documental arrojada (003. PRUEBA15122021\_142353.pdf); tampoco lo son los relativos a **ii)** la constitución de la organización sindical SINTRASAN el día 12 de noviembre de 2021, en la que se nombró a la actora como Vicepresidenta de la junta directiva (010. PRUEBA15122021\_142610.pdf); así como que, el 17 de noviembre de 2021, a la hora de las 9:45 A.M. se registró el sindicato SINTRASAN, señalándose que la demandante ostentaba el cargo de Vicepresidenta de la Junta Directiva (005. PRUEBA15122021\_142444.pdf); que el mismo 17 de noviembre de 2021, a la hora de las 12:17 P.M. se comunicó al empleador el nombramiento de la accionante como miembro de la junta directiva del sindicato SINTRASAN (005. PRUEBA15122021\_142444.pdf); y que el 17 de noviembre de 2021, a la hora de las 17:45 P.M. se dio por terminado el contrato de trabajo de la actora de manera unilateral y sin justa causa, (004. PRUEBA15122021\_142427.pdf), pues tales hechos -además de la documental que los respalda- fueron establecidos por el A Quo en la sentencia de primera instancia sin ser objeto de reparo alguno.

Pues bien. Lo primero que debe recordarse es que conforme las voces del artículo 406 ídem, subrogado por el 57 de la Ley 50 de 1990 y modificado por el 12 de la Ley 584 de 2000, los miembros de la Junta Directiva del Sindicato -como la actora en este caso- están amparados por el fuero sindical en los términos y durante el tiempo establecido en la norma en comento.

No obstante, la filosofía del fuero sindical debe entenderse en consonancia con las limitaciones expuestas por el legislador, tales como, que los trabajadores que representan al empleador y los directivos de la empresa, no pueden formar parte del órgano de gobierno del sindicato. En efecto, el artículo 389 del C.S.T., modificado por el artículo 53 de la Ley 50 de 1990, señala:

“No pueden formar parte de la Junta Directiva de un sindicato, ni ser designados funcionarios del mismo, **los afiliados que representen al empleador frente a sus trabajadores**, ni los altos empleados directivos de las empresas. Es nula la elección que recaiga en uno de tales afiliados, y el que, debidamente electo, entre después a desempeñar alguno de los empleos referidos, dejará ipso facto vacante su cargo sindical”.

Sobre el tema, la H. Corte Constitucional en sentencia C-662 de 1998, indicó lo siguiente:

“(...) se observa que el objetivo principal de los sindicatos se concreta en la protección de los intereses de los trabajadores afiliados frente al patrono, convirtiéndolos en “interlocutores válidos en los conflictos colectivos que enfrentan a los dos extremos de la relación laboral”, haciendo que “la organización sindical adquiriera un papel preponderante en lo atinente al manejo de las relaciones obrero-patronales, pues sus decisiones afectan en forma definitiva los derechos de los trabajadores, dentro de su función de promover el mejoramiento de las condiciones laborales” . Así las cosas, para la Sala es claro que el fomento y defensa de los intereses de los sindicalizados logra alcanzar su finalidad propuesta, en la medida en que sus voceros actúen y decidan imparcial, independiente y consecuentemente con las causas que defienden y la comunidad que representan.

No se puede perder de vista que, la junta directiva de una organización sindical conforma el llamado gobierno sindical y tiene como propósito ejecutar las decisiones adoptadas en la asamblea general, al igual que las de representar a los afiliados y al sindicato, además de vigilar el cumplimiento de las normas estatutarias que los rigen. De manera pues que, **no es lógico ni razonable que una organización sindical reúna, dentro de ese órgano de dirección y representación, afiliados al sindicato que se desempeñen como representantes del empleador frente a los trabajadores o como altos empleados directivos de la empresa**, tanto en el caso de la junta directiva provisional (al momento de creación del sindicato) como en el de las reglamentarias; lo anterior, dado el conflicto de intereses sindicales y patronales que surgiría al adelantar una gestión coetánea a nombre de los dos extremos de la relación laboral, con intereses distintos y muchas veces contrapuestos, generándose así una especie de inhabilidad para acceder a la representación sindical (...)”. (Negrilla y subraya fuera de texto)

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2021-00616 -01  
Demandante: **MARÍA DEL PILAR BONILLA BAMBAGUE.**  
Demandado: **CENTRO COMERCIAL EL GRANSAN VICTORINO  
P.H.**

Por su parte el artículo 32 ibídem, establece:

**“Son representantes del empleador, y como tales obligan frente a sus trabajadores,** además de quienes tienen ese carácter según la ley, la convención o el reglamento de trabajo, las siguientes personas:

- a) Las que ejerzan funciones de dirección o administración, tales como directores, gerentes, administradores, síndicos o liquidadores, mayordomos y capitanes de barco, y quienes ejerciten actos de representación con la aquiescencia expresa o tácita del empleador.
- b) Los intermediarios.”

En ese orden de ideas, los trabajadores que desempeñan las funciones descritas en la disposición normativa citada, “...pueden ser considerados como una extensión del patrono, cuyos intereses se identifican con él, quedando por lo tanto inhabilitados para defender o colaborar en la reclamación de los beneficios que buscan los demás asalariados”.

Entre tanto, la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral en sentencia SL2178-2020 dijo:

“Ese entendimiento lo ha tenido esta Sala desde hace ya algunas décadas, tal como lo recordó en la sentencia CSJ SL, 22 de abril de 1961, al decir:

*Según lo han expresado esta sala de la Corte y el extinguido Tribunal del Trabajo, en reiteradas decisiones, los directores, gerentes, administradores y los demás que **el artículo 32 indica constituyen ejemplos puramente enumerativos de empleados que ejercen funciones de dirección o administración.** Los empleados de esta categoría **se distinguen porque ocupan una especial posición jerárquica en la empresa, con facultades disciplinarias y de mando, no están en función simplemente ejecutiva, sino orgánica y coordinativa, con miras al desarrollo y buen éxito de la empresa,** están dotados de determinado poder discrecional de autodecisión y ejercen funciones de enlace entre las secciones que dirigen y la organización central.”* (subrayado y en negrilla por la Sala).

Es decir que, no cualquier trabajador que ostente algún grado de dirección o administración tenga la connotación de representante del empleador, pues conforme el criterio del órgano de cierre de esta jurisdicción expuesto, sólo lo serán aquellos trabajadores que ocupan una especial posición jerárquica en la empresa; la sentencia del 13 de febrero 2013, Rad. 39609, dispuso sobre el tópico:

Demandante: **MARÍA DEL PILAR BONILLA BAMBAGUE.**

Demandado: **CENTRO COMERCIAL EL GRANSAN VICTORINO  
P.H.**

“Sucede que, en el sublite, el cargo de **jefe de planta**, si bien tiene cierto grado de representación del empleador, como se deduce de la declaración del mismo trabajador y de las pruebas testimoniales que hicieron alusión a las funciones desempeñadas por el demandante en la planta, **dicho cargo no alcanza a tener el grado de representación que ejerce un alto directivo y que justifica la exclusión.**

La misma situación laboral comprobada alrededor de los hechos motivos del despido, le indican a la Sala que el actor ejercía una autoridad reducida, ya que no era él quien decidía si la empresa vecina podía tomar energía de la planta; justamente, el quid del asunto en cuestión fue que la empresa le enrostró en la carta de despido que él no podía autorizar la conexión de los cables y más aún que lo hizo contraviniendo órdenes de los superiores. De acuerdo con esto, **no le queda duda a la Sala que el actor ejercía la representación del empleador propia de un mando medio, no de un alto directivo.**

Dada la situación de mando que ejercía el actor, conviene precisar, en esta oportunidad, que **no es cualquier representación del empleador la que amerita la exclusión** de los beneficios de la negociación colectiva y, por añadidura, de la protección del fuero circunstancial. **La representación que justifica tal restricción es aquella que, de no aplicarla, pondría al trabajador que la ejerce en condiciones de ser juez y parte durante el proceso de negociación**, es decir que por sus funciones, en nombre del empleador, tendría incidencia en la negociación colectiva y, a su vez, como trabajador, se beneficiaría personalmente del resultado. Por esto es que la Sala advirtió en la sentencia en cita que el juez debía examinar la situación real en cada caso.

Así las cosas, dado que el actor no era un alto directivo con incidencia en la negociación colectiva, no le cabe duda a la Sala que sí podía ser beneficiario de la convención colectiva y por ende de la protección del fuero circunstancial mientras la negociación estuviera en curso. Máxime que, conforme a la documental visible al folio 57, el actor estuvo cotizando al sindicato en su condición de beneficiario, desde el inicio de la relación laboral, y así lo admitió la propia demandada al contestar la demanda”.

Del mismo modo, en sentencia SL4018-2020 se estipuló:

“De otra parte, no puede perderse de vista que en términos generales, en una organización empresarial hay varias clases de servidores, por ejemplo, de un lado, un **nivel directivo que desarrolla, ejecuta y lleva adelante las políticas de la empresa bajo una cabeza visible, cuyos integrantes tienen poder de subordinación y de representación de la empresa que conlleva a su vez la posibilidad de comprometer los intereses de la misma frente a cualquier persona**, y otro nivel que está integrado por trabajadores que naturalmente no tienen esa capacidad de representación y compromiso del empleador y solamente realizan una actividad concreta planificada y organizada previamente por el nivel primeramente señalado.

Demandante: **MARÍA DEL PILAR BONILLA BAMBAGUE.**

Demandado: **CENTRO COMERCIAL EL GRANSAN VICTORINO P.H.**

Sobre el particular, la Corte Suprema, en sentencia del 1° de junio de 1954, sentó la siguiente orientación:

*“Los cargos de dirección se caracterizan porque quienes los desempeñan: a) Actúan en función no simplemente ejecutiva, sino conceptiva, orgánica y coordinativa, múltiple, esencialmente dinámica que persigue el desarrollo y buen éxito de la empresa o servicio considerado como abstracción económica o técnica, a diferencia del trabajo ordinario que no lleva sino su propia representación y cuya labor se limita a la ejecución concreta de determinada actividad dentro de los planos señalados de antemano por el impulso directivo; b) Ocupan una posición especial de jerarquía en la empresa o servicio con facultades disciplinarias y de mando sobre el personal ordinario de trabajadores y dentro de la órbita de la delegación, jerarquía que por regla general coincide con el alto rango del cargo, pero sin que esta coincidencia sea forzosa o esencial, pues el criterio no es formal sino sustancial y por lo tanto, se estructura únicamente sobre la naturaleza de la función que realice el trabajador... c) Obligan al patrono frente a sus trabajadores, según lo preceptuado por el artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo; d) Están dotados de determinados poder discrecional de autodecisión cuyos límites resultan de la ubicación que ocupen en la escala jerárquica o, en último término, de la voluntad superior del empleador; e) Cuando la gestión no es global, son elementos de coordinación o enlace entre las secciones que dirigen y la organización central; f) Finalmente, y por todo lo anterior, constituyen un tipo intermedio de trabajador entre el patrono a quien representan y el común de los demás asalariados. En esta categoría y como ejemplos puramente enunciativos, están incluidos los gerentes, administradores, mayordomos, capitanes de barco etc.” (Subrayas externas).*

*En esas condiciones, la señalada protección del artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, tiene como destinatarios específicos a los trabajadores comunes y ordinarios de una empresa, entendida ésta como una unidad de explotación económica, **y no aquellos que por su cargo y jerarquía se confunden con el empleador mismo en tanto ostentan un poder de dirección y mando que lo comprometen, confundiendo sus intereses personales con los de la organización.** Permitir a éstos que a través del conflicto colectivo económico puedan mejorar sus condiciones de trabajo, sería tanto como permitir que fueran juez y parte y se aprovecharan en beneficio propio de sus especiales ubicaciones dentro de la escala jerárquica de la empresa, lo cual es contrario a la moral y la ética. (Destacado adicional)”.*

En suma, la O.I.T., a través del Comité de Libertad Sindical ha dicho que debería limitarse la definición de la palabra *dirigente*, para que abarque solamente a las personas que verdaderamente representan los intereses de los empleadores (informe caso n.º 2524, párrafo 854); y que una interpretación amplia del término representante del empleador, se podría llegar

a considerar como una violación al principio de libertad sindical, pues bajo esta excusa, se le limitarían las garantías que derivan del derecho de asociación (informe caso n.º 2127, párrafo 841, Comité de Libertad Sindical).

**Descendiendo al caso**, en virtud de la impugnación presentada se hace necesario recordar que en el hecho 2 de la demanda se consignó lo siguiente: *“Como salario se pactó la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000), pagaderos de forma quincenal, cantidad que tuvo variación como quiera que se suscribió último otro día 1 de diciembre de 2020, cambio de cargo, salario y funciones, estableciéndose como cargo el de JEFE DE SERVICIOS GENERALES, con un salario de DOS MILLONES CUATROCIENTOS MIL PESOS (\$2.400.000) el que se mantiene vigente durante los últimos tres meses”*.

En igual sentido, al rendir **interrogatorio de parte, la demandante** señaló que al momento de la desvinculación ostentaba el cargo de Jefe de Servicios Generales, y que dentro de sus funciones estaba el manejo de personal.

Así las cosas, para la Sala es claro que la demandante ejercía el cargo de Jefe de Servicios Generales, y que en virtud de tal designación tenía personal a su cargo, no obstante, tales funciones no enmarcan *per se* a la demandante como representante del empleador, pues ciertamente no se avizora que esta tuviera tal grado de representación que pudiera por su cuenta y discrecionalmente comprometer los intereses de la empresa, especialmente, en caso de presentarse algún tipo de negociación colectiva, pues no se evidencia que la demandante sea alto directivo, y por ende, que se encuentre justificada su exclusión de la posibilidad de hacer parte de un sindicato, por tratarse de representante del empleador.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2021-00616 -01  
Demandante: **MARÍA DEL PILAR BONILLA BAMBAGUE.**  
Demandado: **CENTRO COMERCIAL EL GRANSAN VICTORINO  
P.H.**

Se dice lo anterior, por cuanto el plenario carece de prueba alguna que permita establecer de manera clara y prístina que se está frente a un representante de un empleador, pues de conformidad con la sentencia del 01 de junio de 1954 citada en la providencia SL4018-2020, se requiere para tener por acreditado que un trabajador es representante del empleador, no sólo que tuviera personal a su cargo, sino también que contara con facultades disciplinarias sobre el personal ordinario, y que estuviera dotado de poderes discrecionales de autodecisión, lo que no se puede concluir del escaso acervo probatorio recolectado; y en tales condiciones lo que se advierte es que la demandante ostentaría más la característica de un *mando medio*, esto es, de aquellos que de conformidad con la sentencia del 13 de febrero 2013, Rad. 39609, no estarían excluidos de la posibilidad de ejercer su derecho de asociación, pues la parte demandada no ejerció actividad probatoria alguna encaminada a demostrar que su extrabajadora tenía poder de subordinación y de representación de la empresa, es decir que tenía las facultades de comprometer con sus actos los intereses de la misma frente a cualquier persona.

Por tanto, se considera que en virtud del cargo que tenía y más concretamente las funciones que ejercía al interior de la demandada a la demandante no le estaba vedado hacer parte del sindicato SINTRASAN, ni de su Junta Directiva, razones que llevan a **REVOCAR** la decisión de primera instancia.

Finalmente, no sobra advertir que en el sub lite, no operó el fenómeno de la **prescripción**, ya que la terminación del vínculo laboral acaeció el 17 de noviembre de 2021 y se demandó el 16 de diciembre del mismo año (014. SECUENCIA 20804.pdf), esto es, dentro de los dos meses que establece el artículo 118 A del C.P.T. y de la S.S., para accionar.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2021-00616 -01  
Demandante: **MARÍA DEL PILAR BONILLA BAMBAGUE.**  
Demandado: **CENTRO COMERCIAL EL GRANSAN VICTORINO  
P.H.**

En consecuencia, se **REVOCARÁ la sentencia**, para en su lugar **DECLARAR** que la demandante gozaba de fuero sindical, y **ORDENAR** a la demandada reintegrar a la accionante, así como pagar salarios, prestaciones sociales, y aportes a seguridad social desde la fecha del día siguiente del despido- 18 de noviembre de 2021- hasta que se haga efectivo el correspondiente reintegro. Igualmente, se advertirá que en caso de haberse reconocido indemnización por despido sin justa causa y liquidación final de prestaciones sociales, el valor pagado por tales conceptos podrá ser descontado de la condena impuesta.

#### **VII. COSTAS**

Costas en ambas instancias a cargo de la parte demandada.

#### **VIII. 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. En su lugar se dispone:

- A. DECLARAR** que María del Pilar Bonilla Bambague goza de **fuero sindical** en su condición de Vicepresidenta de la junta directiva del Sindicato de Trabajadores del Centro Comercial El Gran San Victorino P.H.- SINTRASAN.
- B. CONDENAR** al CENTRO COMERCIAL EL GRANSAN VICTORINO P.H. a **REINTEGRAR** a María del Pilar Bonilla Bambague al cargo que venía ostentando o alguno de mayor jerarquía, lo que de suyo incluye, el pago de salarios, prestaciones sociales,

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2021-00616 -01

Demandante: **MARÍA DEL PILAR BONILLA BAMBAGUE.**

Demandado: **CENTRO COMERCIAL EL GRANSAN VICTORINO  
P.H.**

y aportes a seguridad social dejados de pagar desde el día siguiente del despido efectuado por el empleador, 18 de noviembre de 2021 hasta que se haga efectivo el reintegro.

**C. ADVERTIR** que los valores que hubiere podido pagar el CENTRO COMERCIAL EL GRANSAN VICTORINO P.H. por concepto de **indemnización por despido sin justa causa, y liquidación final de prestaciones sociales** podrán ser descontados de la condena impuesta en el literal A) de la presente decisión.

**SEGUNDO** - Costas en ambas instancias a cargo de la parte demandada.

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**



**LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-031-2021-00616 -01

Demandante: **MARÍA DEL PILAR BONILLA BAMBAGUE.**

Demandado: **CENTRO COMERCIAL EL GRANSAN VICTORINO  
P.H.**

**AUTO**

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450.000 a cargo la parte demandada.



**ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO**

