



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: **ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE: **FERNANDO HERNÁNDEZ POLANCO**
DEMANDADAS: **COLPENSIONES-AFP OLD MUTUAL Y PORVENIR S.A.**
RADICACIÓN: **1100131050-39-2018-00168-01**
ASUNTO: **APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADAS**
TEMA: **INEFICACIA TRASLADO**

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. LILIAN PATRICIA GARCÍA GONZÁLEZ, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. FERNANDO HERNÁNDEZ POLANCO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., con el propósito de que se declare que la AFP Porvenir S.A., engañó y omitió el deber para con el accionante de informarlo y aconsejarlo sobre las características, ventajas y desventajas que afrontaba al trasladarse del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual, por lo que existió vicio del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación suscrito el 29 de mayo de 1996. Así mismo, solicitó que se declare la nulidad de traslado sucesivo realizado entre administradoras; la nulidad de la afiliación efectuada por el demandante a Old Mutual efectuada el 14 de enero de 2004; que es afiliado sin solución de continuidad a Colpensiones desde el 2 de noviembre de 1984 y, por ende, tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez, a partir del 1 de noviembre de 2015; que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Como consecuencia, se condene a AFP Porvenir S.A. y Old Mutual, a anular las afiliaciones suscritas el 29 de mayo de 1996 y 14 de enero de 2004 respectivamente; a efectuar el traslado del saldo de la cuenta de ahorro individual que administra la demandante más sus rendimientos, con destino a Colpensiones y que esta última, acepte dichos rubros, reconozca y pague la pensión de vejez a partir del 1 de noviembre de 2015, con aplicación al régimen de transición, los intereses moratorios conforme a

lo previsto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación, costas y agencias en derecho. Por último, solicitó como pretensiones subsidiarias que se declare que la afiliación que realizó con AFP Porvenir S.A., el día 29 de mayo de 1996, es ineficaz, así como los traslados sucesivos realizados entre administradoras; como consecuencia, condenar a las demandas a las pretensiones ya expuestas. (Expediente Digital PDF 01ExpedientDigitalFI1a83, folio 10 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 19 de octubre de 1953 y se afilió al entonces ISS el 2 de noviembre de 1984, cotizando un total de 604 semanas. Indicó que el asesor de AFP Porvenir S.A. al momento de su afiliación a la entidad, le ofreció una mesada superior respecto de la que recibiría en el RPM, sin embargo, no le brindó información acerca de las ventajas y desventajas, características y beneficios; que el asesor tampoco le informó que era beneficiaria del régimen de transición por su edad y, por ende, no le advirtió que perdería tal condición al solicitar su traslado al RAIS. Aseguró la anterior situación de desinformación y engaño lo condujo a diligenciar el formulario de vinculación a Porvenir el día 29 de mayo de 1996, encontrándose viciado su consentimiento; que de la misma forma aconteció al vincularse al fondo de pensiones Old Mutual, pues este tampoco le brindó información acerca de las ventajas y desventajas, características y beneficios del RAIS.

Por último, aseveró que cuenta con 1014.12 semanas cotizadas al 29 de julio de 2005, esto es, a la entrada en vigor del Acto Legislativo 1 de 2005; que cumplió en el mes de febrero de 2010, 1250 semanas de cotización, así como la edad de 60 años el 19 de octubre de 2013, por lo que tiene al reconocimiento de la pensión de vejez conforme a lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma, sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento.

3. Contestación de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, bajo el argumento que la afiliación no se hizo en contra de una prohibición legal y por el contrario, se dio en cumplimiento de todos los lineamientos legales establecidos para la perfección de dicho acto jurídico; además obedeció a un acto libre y voluntaria, por lo que no existe fundamento fáctico ni legal que permita declarar la ineficacia de la afiliación, máxime cuando han pasado 22 años desde aquel traslado. Propuso las excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y genérica. (Expediente Digital PDF 02FI84a208, folio 93 y s.s.).

4. Contestación de Colpensiones. Contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra. Aceptó los hechos con relación a la afiliación al Instituto de Seguros Sociales, que cotizó ante dicha entidad un total de 604 semanas y las solicitudes presentadas por el actor en las que petitionó el traslado al RPM; por lo demás, refirió que no le constaba puesto que el actor se afilió voluntariamente y escogió el régimen al que quería pertenecer; que si bien el actor a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1 de abril de 1994, tenía 41 años, lo que inicialmente lo haría beneficiario del régimen de transición, lo cierto es que a esa fecha no cumplió con el número mínimo de semanas para mantener la condición expuesta. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho para regresar al Régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de

costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno y genérica. (Expediente Digital, PDF 002FI84a208, folio 117 y s.s.).

5. Contestación de Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. Contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra. Indicó que al momento del traslado le suministraron la información suficiente, completa y veraz, sin omitir a la verdad, además, le informaron al momento de la afiliación que el valor real de la pensión sería determinado una vez se cumpliera los requisitos para acceder a la misma; que entrego información objetiva sobre el régimen que administra, por lo que es claro que ha sido la decisión de mantenerse afiliado, luego de que han pasado más de 24 años. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la demandante al fondo de pensiones, prescripción, compensación, pago y genérica. (Expediente Digital, PDF 002FI84a208, folio 160 y s.s.).

6. Demanda de reconvención presentada por Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. Por escrito separado, la sociedad demandada presentó demanda de reconvención contra del demandante, con el fin de que se declare improcedentes las pretensiones principales y subsidiarias propuestas en la demanda principal y que en el evento que prosperen se condene a este, a reintegrar a su favor las sumas de dinero que ha cancelado por concepto de mesadas pensionales derivadas de la pensión de vejez desde la fecha de su reconocimiento hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso. Dichas sumas deberán indexarse al momento del pago y se condene a la demandada en costas y agencias en derecho.

Como situaciones fácticas expuso que el demandante dada su vinculación reconoció pensión de vejez, con una mesada de \$2.874.000 pagadera a partir del mes de diciembre de 2015, la cual se optó bajo la modalidad de pensión por retiro programado, por lo que en el evento de declararse la ineficacia o nulidad de su afiliación las sumas que por concepto de pensión ha cancelado deberán ser reintegradas. (Expediente Digital, Carpeta 09DemandaReconvención, fols. 1 y s.s.)

7. Contestación a la demandada de reconvención. Al pronunciarse respecto a la demanda de reconvención, se opuso a las pretensiones formuladas y, en cuanto a los hechos refirió que actualmente devenga las mesadas pensionales reconocidas por la demandada, sin embargo, el reconocimiento estuvo acompañado de graves engaños y ausencia total de información, constituyéndose tal circunstancia en la materialización de un daño sufrido. Además, la demandada no puede pretender beneficiarse de su propia culpa, obteniendo el reintegro de dineros en perjuicio del demandante, los cuales fueron reconocidos y aceptados bajo la absoluta falta de información y violación al deber que les asiste a los fondos particulares. Propuso como excepciones de fondo buena fe, cobro de lo no debido y prescripción. (Expediente Digital, Carpeta 09DemandaReconvención, fols. 6 y s.s.).

8. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 5 de noviembre del 2020 en la que la falladora declaró que el traslado que hizo el demandante efectuado el 1 de julio de 1996, así como la afiliación efectuada a SKANDIA es ineficaz y, por ende, no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que el actor jamás se separó del régimen de prima media con prestación definida. Como consecuencia, condenó a AFP Porvenir S.A. y a Old Mutual, que

transfieran a Colpensiones todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración, durante el tiempo que se encontraba afiliado el demandante, sin que le sean dables descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes.

Así mismo, ordenó a Colpensiones que reciba los dineros y reactive la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad. De la misma forma, la condenó a reconocer la pensión de vejez bajo los postulados del Acuerdo 049 de 1990, cuya cuantía para el 1 de noviembre de 2015, fecha en que se hizo efectiva la pensión del actor, asciende a la suma de \$4.984.458.16, por 13 mesadas pensionales, junto con los incrementos anuales hasta que se incluya en nómina al actor; a cancelar el retroactivo pensional causado desde el 1 de noviembre de 2015, para lo cual autorizó que al momento del pago descontara lo percibido por el actor de Old Mutual como mesada pensional, retroactivo que asciende al 30 de octubre de 2020 en la suma de \$212.120.195,19; a que indexe al momento del pago el retroactivo adeudado; autorizó a Colpensiones a descontar del retroactivo los aportes en salud de las mesadas pensionales sobre el mayor reconocido, toda vez que Old Mutual hizo el respectivo descuento de la mesada reconocida en su momento.

Por otro lado, negó las pretensiones relacionadas en la demanda de reconvención y condenó a las demandas Old Mutual y AFP Porvenir S.A. en costas; e informó a Colpensiones que podía iniciar las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz por parte de las otras codemandadas. (Expediente digital, carpeta 14, Sentencia Primera Instancia).

La decisión de la Juez se basó, luego de citar la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia y de referirse a lo dispuesto en el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993, en lo referente al significado de decisión libre y voluntaria y, la carga de la prueba sobre la materia, que las demandadas no lograron demostrar que el demandante hubiere recibido información, en cumplimiento a los parámetros que establecía la citada Ley, es decir, una información transparente y objetiva, por lo que a la hora de traslado realizado el promotor debió haber analizado la situación fáctica del demandante, en especial porque el demandante contaba con un número de semanas significativa y era beneficiario del régimen de transición, no siendo suficiente probar tal hecho con la suscripción del formulario.

En lo referente a la pensión de vejez solicitada, señaló que de acuerdo con la historia laboral aportada, el demandante al 1 de abril de 1994, tenía la edad de 40 años, lo que lo hace beneficiario del régimen de transición, régimen que conservó para el momento en que entró a regir el acto legislativo 1 de 2005, dado que tenía 1070 semanas cotizadas para esa fecha; así mismo, tuvo por acreditado el cumplimiento de los requisitos contenidos en el Acuerdo 049 de 1990 al 19 de octubre de 2013, por lo que adquirió para esa fecha el status de pensionado, pero su efectiva solo vino a suceder a partir del 1 de noviembre de 2015, fecha en la que el demandante se retiró del sistema; que para efecto de su liquidación le es más beneficioso el IBL de toda su vida laboral, por cuanto arrojó una mesada pensional de \$4.984.458.16.

En lo atinente a la demanda de reconvención, sobre esta indicó que los dineros no deben ser devueltos a la entidad, dado que los deterioros deben ser asumidos por la entidad; además todos los dineros deberán ir a Colpensiones, y es esta quien tiene autorización para descontar los dineros al demandante.

Por último, el Juzgado mediante audiencia celebrada el 11 de noviembre de 2020, corrigió el valor del retroactivo reconocido y adeudado por COLPENSIONES, señalando que corresponde a la cantidad de \$182.993.820,04. (Expediente Electrónico, carpeta 16, Audiencia Corrección Sentencia).

9. Impugnación y límites del ad quem.

9.1. Recurso de apelación de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Formuló recurso de apelación indicando que en el presente caso no se probó la existencia del dolo y, por el contrario, lo que evidencia es que el demandante suscribió el contrato de afiliación de manera libre y voluntaria, en cumplimiento de la Ley 100 de 1993, resaltando que del interrogatorio de parte si se puede colegir que el demandante recibió asesoría, puesto que este indicó que sus aportes iban a una cuenta de ahorro individual y que le generaría rendimientos, lo cual solo demuestran que se le informó sobre las características del RAIS al momento de la afiliación. Máxime que demostró su intención de permanecer en dicho régimen en razón a que el demandante dejó pasar un buen tiempo y realizó traslados entre regímenes.

Por último, indicó que en relación con las consecuencias de la declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de las cuentas de ahorro individual, valores que ya fueron devueltos.

(Expediente digital, carpeta 14, Sentencia Primera Instancia)

9.2. Recurso de apelación Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. Indicó que al momento de la afiliación al RAIS se le dio toda la información necesaria sobre el alcance y las consecuencias del traslado del régimen pensional, no solo al momento primigenio de afiliación, sino con posterioridad, situación que se logró corroborar con la suscripción del formulario de afiliación en el que plasmó su voluntad, hecho que también quedó registrado al momento de solicitar su pensión de vejez.

Refirió que no es dable la condena con relación a la devolución de saldos que al momento del reconocimiento pensional tuviera el actor, así como las mesadas pensionales pagadas, toda vez que se vería en un detrimento patrimonial en la medida que tal condición no se le exigió a Colpensiones. Solicitó que se tuvieran en cuentas las pretensiones que se señalaron en la demanda de reconvención, esto es, que el demandante deba reintegrar las sumas de dinero que recibió por concepto de su derecho pensional, de forma indexada, junto con las costas del proceso.

Finalmente, reprochó que en la condena se ordene la devolución del bono pensional que fue redimido a favor del demandante, puesto que este debe ser devuelto directamente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y no a Colpensiones, mismo que no fue vinculado por el Despacho, habiéndose omitido él estudió de la excepción previa propuesta en su oportunidad. (Expediente digital, carpeta 14, Sentencia Primera Instancia)

9.3. Recurso de apelación Colpensiones. Dijo que el demandante no fue coaccionado ni presionado al momento de suscribir el formulario de afiliación al RAIS y, por el contrario, su decisión fue tomada de manera libre, espontánea y voluntaria, lo cual vino a ser ratificado cuando hizo su traslado horizontal y solicitó su pensión de vejez. Indicó que el derecho de traslado esta prescrito, así como su anulación; se opuso al reconocimiento pensional bajo lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 y el pago del retroactivo pensional, dado que ya se encuentra pensionado por el RAIS y no era beneficiario del régimen pensional. (Expediente digital, carpeta 14, Sentencia Primera Instancia)

10. Alegatos parte demandante. Indicó que estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hasta el año 1996, año en el que suscribió formulario de afiliación a AFP Porvenir S.A. debido los engaños por la incongruente, insuficiente y errada información que este fondo le proporcionó, tal como quedó demostrado dentro del plenario en primera instancia. Además, dicha desinformación se mantuvo incólume durante su afiliación posterior a Old Mutual S.A., hoy Skandia S.A., el cual tampoco dio información certera, válida y oportuna.

Agregó que para el año 1994 contaba con 40 años, por lo cual era beneficiario del régimen de transición de la ley 100 de 1993, lo cual le permitía acceder a su pensión de vejez bajo los requisitos y condiciones establecidas en el Acuerdo 049 de 1990; que para el año 2014, mantuvo el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, debido a que para ese momento contaba con 60 años y más de 1300 semanas cotizadas.

11. Alegatos Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Indicó que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con mi representada es eficaz. Refirió que las declaraciones de ineficacia y/o nulidad de los traslados de régimen pensional, se acuda a normas del sistema general de pensiones, sin consideración a que esta norma propia indica que, será ineficaz un traslado, cuando se ejecutan las conductas con la intención que allí se mencionan, y para establecer los efectos de esta ineficacia, se acude a disposiciones del Código Civil, también sin tener en cuenta los presupuestos que este compendio normativo consagra para que se declare la nulidad de un acto o contrato.

Agregó que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el párrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento fue tachado ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

Último que la parte demandante realizó cambio de régimen en el año 1996 de forma libre y voluntaria; en el cual le brindó información oportuna y completa, como lo aseveró al suscribir el formulario de afiliación; posteriormente, para el año 2004 con la Afp Skandia S.A.

12. Alegatos Old Mutual Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. Señaló que el demandante ha estado afiliado con diferentes Administradora del Régimen de Ahorro Individual, por tanto, conoce claramente cómo opera el RAIS. Aclaró que siempre cumplió con el deber de informar, jamás existió omisión en la información, como tampoco indebida o equivocada asesoría, la demandante es una persona mentalmente estructurada que contaba con la capacidad de sopesar los argumentos manifestados tanto por sus asesores como los de la AFP Porvenir S.A., a fin de determinar si realmente le convenía o no tomar dicha decisión.

Sostuvo que no es válido que después de estar varios años afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, cuando evidenció que no logró cumplir con los objetivos de ahorro que se propuso cuando se trasladó de régimen, pretenda obtener la anulación de una afiliación completamente legal. Máxime, cuando se encuentra

pensionado por pensión de vejez desde el 1 de noviembre del 2015, a quien para la fecha se le asignó una mesada pensional por \$2.874.000, es decir, lleva disfrutando de ese reconocimiento cerca de 6 años.

13. Alegatos Colpensiones. Indicó que no se cumplen los presupuestos normativos para la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, como quiera que no demostró la demandante que haya existido vicios o falta de información al momento en que se surtió la afiliación, toda vez que tenía conocimiento respecto de las características del régimen. Adujo que la demandante hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional en el 29 de mayo de 1996, conforme lo dispone el artículo 13 de la ley 100 de 1993, sin que se haya ejercido presión o coacción, en su lugar su decisión de afiliarse a los fondos de pensión, fue de manera libre, espontánea y voluntaria.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Colpensiones, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos principales:** (i) ¿Se debe vincular al Ministerio de Hacienda y Crédito como Litis Consorte Necesario por pasiva; (ii) ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la accionante, no obstante de habersele reconocido pensión por el fondo de pensiones Old Mutual, bajo la modalidad de retiro programado? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen? (iii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iv) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?;

Litis Consorte Necesario por pasiva - Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Procede la Sala a pronunciarse en torno a la solicitud elevada con carácter dilatorio que interpuso la demandada Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., con fundamento en el artículo 61 del C. G. del P.; pretende entonces se integre al contradictorio a la NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO- OFICINA DE BONOS PENSIONALES, en atención a que dentro del trámite de pensión que se adelantó a favor de la parte actora, esta entidad procedió con la emisión, redención y pago de bono pensional en su favor, de manera tal que de procederse la anulación del traslado de régimen, que es lo que pretende aquella, los dineros entregados al fondo de pensiones a título de bono pensional tendrían que deberán devolverse a su emisor.

Sobre este aspecto, debe precisarse que, de conformidad con el citado artículo, existe Litis Consorcio Necesario cuando la situación jurídica sustancial o la pretensión deducida no puede ser materia de decisión eficaz, sin la concurrencia al proceso de todas las personas que son titulares de las relaciones jurídicas o han intervenido en los

actos sobre los cuales versa la controversia. Es decir, procede cuando la relación de derecho sustancial sobre la cual ha de pronunciarse el operador judicial no puede adoptarse sin que concurran al proceso todas las personas que son titulares de las relaciones jurídicas o han intervenido en los actos sobre los cuales versa la controversia.

En ese orden de ideas, de entrada advierte esta Corporación que entre Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público-Oficina de Bonos Pensionales y las demandadas no se evidencia que medie una relación jurídica sustancial, que haga inviable resolver la cuestión aducida por el demandante, en tanto que si bien los artículos 16 y 24 del Decreto 1299 de 1994, disponen que la Nación emitirá el bono pensional de los afiliados al sistema general de pensiones cuando la responsabilidad sea del ISS, al igual que corresponde al Ministerio de Hacienda y Crédito Público el reconocimiento, liquidación, emisión y pago de los mismos junto con las cuotas partes a cargo de la Nación y la liquidación de pensiones causadas que deban ser asumidas por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, también lo es que en caso de una eventual condena, será Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. de acuerdo a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia, entre otras en la sentencia 31989 del 8 de septiembre de 2008, la que deberá devolverlo entre otros rubros, de ahí que sea ella quien adelante los trámites para su reintegro, los cuales son netamente administrativos, sin que ello implique la integración del Ministerio.

Por lo anterior, es claro que se puede proferir sentencia sin la comparecencia de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, tan así que la Corte Suprema en la extensa jurisprudencia que data sobre el tema, no ha dispuesto la integración de la cartera ministerial incluso en los procesos en que atañe el conocimiento de esta Sala, en donde el afiliado se encuentra pensionado por el RAIS y, por ende, los bonos ya pagados; reiterando que no se encuentra un acto o relación jurídica entre la entidad cuya integración se pretende y los demás integrantes del proceso, que deba resolverse de manera uniforme y que no sea posible decidir sin su comparecencia.

Así las cosas, como quiera que no se dan los presupuestos del artículo 61 del C.G. del P. para declarar probada la excepción propuesta, es por lo que sin más consideraciones se confirmará en este sentido la decisión que tomó la *Ad quo*.

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibidem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que el señor Fernando Hernández Polanco, cotizó al ISS entre el 2 de noviembre de 1984 al 29 de mayo de 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fols. 48 a 50); que el 29 de mayo de 1996, firmó el formulario de afiliación a la AFP Porvenir (fols. 23); y el 4 de enero de 2004 se afilió a Skandia hoy Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. (fls. 24), sociedad que administró los aportes y que en la actualidad pensión al demandante, bajo la modalidad de retiro programado a partir del 1 de noviembre de 2015, con una mesada pensional inicial de \$2.874.000. (fls. 180)

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma recae en la AFP y no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quienes en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a él sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de las AFP como acertadamente lo encontró la falladora de primera instancia y que si bien las entidades recurrentes exponen que el demandante aseguró en su interrogatorio que conocía de las condiciones y características del régimen al señalar que los aportes pensionales y sus rendimientos iban enrutados a una cuenta de ahorro individual, aunado al hecho de haber solicitado su pensión de vejez, lo cierto es que tal aseveración en nada demuestra el conocimiento que pudo tener el accionante sobre el RAIS, y contrario a ello, lo que si denota es que tenía discernimiento sobre las ventajas del régimen, más no las desventajas y riesgos que le implicaba el traslado y afiliación a la AFP; de tal manera que aunque al cumplimiento de los requisitos para adquirir el derecho pensional solicitó su estudio, para que de esa forma le fuese reconocida por del ente accionado la prestación económica, ello de por sí solo no acredita el deber de información que le correspondía, dado que este se debió efectuar al momento de la afiliación y no con posterioridad, máxime que para aquella data de su reconocimiento, esto es, 1 de noviembre de 2015 (folio 41 y 42), al actor no le quedaba más camino que aceptarla ante la imposibilidad de regresar al Régimen de Prima Media, pues ya había superado el límite que dispuso el artículo 13, literal e) de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, lo anterior deja en evidencia la inexistencia de prueba alguna dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a al señor **FERNANDO HERNÁNDEZ POLANCO**, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Formulario de afiliación

Es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP Porvenir sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, lo cual no se constató en el presente caso.

Saneamiento de la ineficacia ante el traslado entre diferentes AFP dentro del RAIS

En relación con el problema jurídico que busca establecer si existe saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información cuando se produce el traslado del afiliado entre diferentes AFP del RAIS, debe señalarse, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, que el hecho de que el demandante se hubiese trasladado a diferentes AFP, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la **oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado**, no con posterioridad, pues como se vio, el afiliado requiere para tomar decisiones 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 pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Pensión de vejez reconocida a la actora e ineficacia del traslado

Ahora bien, no admitiendo discusión que el demandante se encuentra recibiendo pensión por parte del fondo de pensiones privado antes citado, forzoso es concluir que la controversia debe definirse con la jurisprudencia actual de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, misma que a partir de la sentencia SL373-2021 del 10 de febrero de 2021, abordó el tema referente a un pensionado que buscó que se declare la ineficacia de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad bajo la erigida de la falta del deber de información.

Consideró entonces la Corte en la citada sentencia, indicando que esa exigencia, entiéndase, el deber de información como referente para declarar o no la ineficacia de la vinculación, analizada en contexto era una exigencia que se puede predicar únicamente de los afiliados no pensionados, más no al ya pensionado, en tanto, que *"si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)¹, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso."* En tal virtud, concluyó la Corte que en los casos en que existe una situación jurídica consolidada no es posible volver las cosas a su estado anterior, en la medida que la calidad de pensionado no se puede borrar *"porque ello daría lugar a disfuncionalidades*

1 "SL1688-2019, SL3464-2019"

que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto".

Por consiguiente, señala la alta Corte que, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información(culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

En los supuestos expuestos por la corporación de cierre en materia ordinaria, se ubica sin duda alguna el demandante, pues aun cuando quedó demostrada la inexistencia de elemento de persuasión que conduzca a dar por satisfecho el deber de suministrar información objetiva, necesaria y transparente, al no incorporarse por las demandadas ningún elemento que condujera a la certeza del cumplimiento del deber de información, lo cierto es que, no se puede echar de menos la hermenéutica que se trajo a colación, misma que impide a la Sala acceder a las pretensiones peticionadas por la promotora del juicio, debiéndose revocar la sentencia primigenia.

En este punto, vale la pena aclarar que si bien esta Sala de conocimiento mantenía su postura al declarar la ineficacia del traslado aun en la medida en que los afiliados se encontrarán pensionados por el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, siempre y cuando no se probará el cumplimiento del deber de información por parte de los fondos pensionales, lo cierto es que la providencia citada, emitida por la Sala Laboral de la CSJ, cambia totalmente el panorama frente al reconocimiento actual, en la medida en que interpreta y limita el alcance que se le debe dar al derecho de información de quienes solicitan su declaración; criterio respecto del cual no se aparta esta Corporación, no solo por su carácter vinculante, debido a que dicha autoridad es la llamada a unificar la jurisprudencia nacional de esta jurisdicción especialísima, sino además por cuanto responde a un problema jurídico que no había sido tratado en su jurisprudencia que, analizada en términos de fuerza vinculante, no discrepa esta Sala.

Bajo este entendimiento, como magistrada ponente **recojo cualquier criterio contrario** que en otrora hubiere adoptado y que, en todo caso, fue anterior a que se profiriera la sentencia SL373-2021.

De lo expuesto se sigue que, teniendo que al señor Fernando Hernández Polanco viene disfrutando de pensión de vejez desde el 1 de noviembre de 2015, misma que le fue reconocida por Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., según se colige del certificado adosado a folio 180 del informativo, resulta inoperante la pretendida declaratoria de ineficacia del traslado al tener consolidado su derecho pensional, imponiéndose la revocatoria de la decisión.

Sin costas en la alzada, las de primera instancia lo serán a cargo de la parte demandante.

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

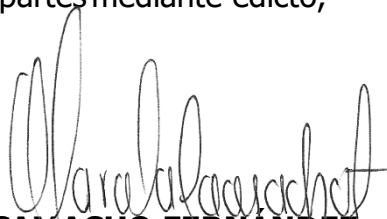
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas por **FERNANDO**

HERNÁNDEZ POLANCO, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, las de primera instancia a cargo de la parte demandante.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



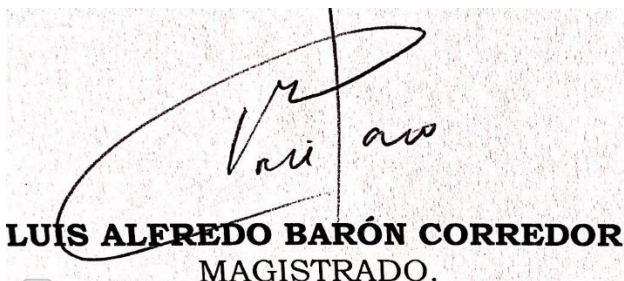
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20-*



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: FÉLIX ANTONIO MORATO GARCÍA
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 09-2019-00407-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: INCREMENTO DEL 14%

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Félix Antonio Morato García instauró demanda ordinaria en contra de Colpensiones con el propósito de que se condene a dicha entidad al pago del incremento pensional del 14% que tiene derecho por su cónyuge a cargo, junto con el pago del retroactivo que se cause, debidamente indexado, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 9)

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que le fue reconocida pensión de vejez por parte del entonces Instituto de Seguros Sociales mediante Resolución No. 118564 del 12 de agosto del año 2010, por encontrarse acobijado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Indicó que se encuentra legalmente casado con la señora Irma Muñoz Carvajal, quien depende económicamente de él y no percibe pensión alguna por el Estado; por lo que adujo que tiene derecho al incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo, de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 14), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de esta, argumentando que los incrementos deprecados fueron derogados al entrar en vigor la Ley 100 de 1993, conforme lo dispuso la Corte Constitucional en la sentencia SU140 del 2019. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho y de la obligación, inaplicabilidad del decreto 758 de 1990 en los casos de pensionados por régimen de transición, buena fe, prescripción y genérica.

(fol. 20 y s.s.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 15 de octubre del 2020, en la que el fallador absolvió a la entidad demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, declaró probada la excepción de "INEXISTENCIA DEL DERECHO Y DE LA OBLIGACIÓN" y condenó en costas al actor. (CD fol. 73)

Su decisión se basó en que los incrementos deprecados fueron derogados con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

5. Impugnación del demandante y límites del ad quem. El demandante impugnó la decisión argumentando que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mantiene vigente el incremento pensional del 14% regulado en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, bien por derecho propio o por virtud del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En tal sentido, solicitó revocar la sentencia de primera instancia.

6. Alegatos parte demandada. Refirió en su escrito que al presente caso se debe dar aplicación a lo dispuesto por la Corte Constitucional en Sentencia SU-140 de 2019, mediante se declaró la derogatoria orgánica de los incrementos con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y que únicamente le serían reconocidos a aquellos afiliados que a la fecha previamente señalada hubieren causado su derecho a la pensión de vejez; que para el caso, como quiera que al aquí demandante le fue reconocida una pensión de vejez por el Instituto de los Seguros Sociales –ISS- en el año 2010, calenda para la cual los solicitados incrementos, a voces de la Corte Constitucional habían fenecido.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer(i) ¿Los incrementos por personas a cargo, establecidos en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, se encuentran vigentes?, en caso afirmativo (ii) ¿El demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para ser su beneficiario? Y (iii) ¿Se encuentran prescritos?

- **Vigencia de Los Incrementos por Personas a cargo**

En relación con la vigencia de los incrementos por personas a cargo, consagrados en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el cual señala que las **pensiones mensuales de invalidez y vejez se incrementarán** en un 14% y 7% por cónyuge o compañero(a) permanente o hijos menores o inválidos del beneficiario, que dependan económicamente de éste y no disfruten de una pensión, es necesario precisar que, la Sala Mayoritaria de esta Sala, **acoge los fundamentos** sentados por la sala plena de nuestra máxima corporación de justicia Constitucional en la sentencia **SU-140 de 2019**, quien luego de un análisis exhaustivo de la situación y de detectar que sus distintas salas de revisión habían desarrollado líneas jurisprudenciales opuestas en relación con los efectos de la aludida norma, **unifica su criterio**, ultimando que fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993 y en consecuencia, solo conservan efectos ultractivos para quienes tenían un derecho adquirido al momento de la expedición de la ley de seguridad social integral.

A la anterior conclusión arriba, luego de establecer que fue a través de la **Ley 100 de 1993**, que el Estado intentó enfrentar el arcaico sistema de seguridad social que se manifestaba como financieramente inviable, con baja cobertura e inclemente inequidad, para cuya solución fue necesario la reestructuración del sistema con miras a lograr una mejor eficiencia del servicio, con inclusión de los sectores más vulnerables, adecuándose a las nuevas condiciones demográficas y de esperanza de vida, equilibrando la relación entre las contribuciones y beneficios, mejorando los rendimientos de los aportes para garantizar la sostenibilidad futura del sistema.

Con similares objetivos, fue expedida la **Ley 797 de 2003** y el **Acto Legislativo 01 de 2005**, que propenden por la finalización de regímenes especiales diferentes al del régimen general, obligatoriedad y uniformidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, tope máximo del valor de las pensiones, cobertura universal y pago efectivo de las prestaciones; de ahí la importancia de haber previsto cambios que permitieran no solo la equidad sino también la sostenibilidad financiera del sistema.

De esta manera concluye la alta corporación, que si bien la Ley 100 de 1993, **no dispuso una derogatoria expresa** de dicha dativa legal, lo cierto es que al haberse efectuado una **regulación integral en materia de seguridad social**, reglamentando de modo exhaustivo sus diferentes componentes en el ámbito nacional, en torno a la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos, prestaciones, unificación de normatividad y planeación de la seguridad social, como se desprende del contenido de sus artículos 2º, 5º, y 6º, se configura una **derogatoria tácita**, que la jurisprudencia ha convenido en denominarla como **derogatoria orgánica**, cuya consecuencia jurídica no es otra que, dejar sin vigencia las regulaciones anteriores dentro de los cuales cohabitaban los referidos incrementos, sin perjuicio de lo dispuesto en el nuevo sistema respecto de los **derechos adquiridos** y los **regímenes de transición** normativa.

Frente al tema de los **derechos adquiridos**, deben atenderse los artículos 11, 36 y 289 de ley 100 de 1993, que en acatamiento del art. 58 de nuestra Carta Política, establecen su salvaguarda, por ende, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 o hayan cumplido para dicho momento los presupuestos de la normativa anterior, conservan el derecho al incremento pensional, siempre que mantengan las condiciones previstas en el art. 21 del Decreto 758 de 1990.

Y respecto del **régimen de transición**, mecanismo dirigido a proteger las **expectativas legítimas** de quienes estaban próximos a pensionarse, el art. 36 de la Ley 100 de 1993, limitó la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes anteriores, solamente a tres aspectos: **edad, tiempo y monto**. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez deben regirse por las disposiciones contenidas en la ley 100, por así disponerlo la norma en mención.

Ahora, no puede pretenderse que se incluya el incremento deprecado en el **monto** de la pensión a que alude el régimen de transición, pues acudiendo a su descripción normativa resulta clara su naturaleza accesoria a la pensión de vejez, como se extrae del contenido del art. 22 del Decreto 758 de 1990, que señala que no forman parte integrante de la pensión de invalidez o vejez que reconoce el ISS. Hecho éste que **reafirma** aún más la existencia de una **derogatoria orgánica** del sistema pensional anterior, ya que de no haber existido el legislador no hubiera tenido que establecer un régimen de transición como mecanismo para salvaguardar las aspiraciones de quienes estaban cerca a acceder a un derecho en virtud del régimen que se pretendía reemplazar.

Tampoco se puede considerar que los incrementos estudiados tengan la connotación de un **derecho adquirido** para aquellas personas **beneficiarias del régimen de**

transición, en tanto, nunca nacieron a la vida jurídica, por no haberse cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993. Es claro que ellos cuentan con una naturaleza accesorio al derecho principal, que no es otro que la pensión de vejez.

De igual manera, resulta imposible llegar a la conclusión de que se trata de los **beneficios económicos** de que trata el **AL 01 de 2005**, pues ellos están previstos como ayuda para personas de escasos recursos sin posibilidad de acceder a una pensión de vejez.

Abundando en razones y en defecto de la derogatoria orgánica, encuentra la Corte que con la expedición del A.L. 01 de 2005, existe una **derogatoria tácita en estricto sentido**, al haberse expulsado del ordenamiento el art. 21 del Decreto 758 de 1990, al ser evidentemente contrario a la norma constitucional, que restringe los beneficios pensionales únicamente a los previstos en la Ley 100 y demás normas posteriores, y al no acompañarse con la correspondencia que según su contenido debe existir entre aportes y el monto pensional, ya que el sistema de seguridad social integral no cuenta con cotizaciones que soporten el reconocimiento de los incrementos, afectado su sostenibilidad financiera.

Y finalmente, si los anteriores razonamientos no resultaren suficientes para entender que los incrementos han sido orgánicamente derogados, arguye sabiamente nuestra Corte que sería necesario **inaplicarlos por inconstitucionales** pues no se avienen al contenido del inciso 11 del art. 48 de la CP, por las mencionadas razones.

Conforme a lo anteriormente expuesto, es evidente que los incrementos previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico desde que entró a regir la Ley 100 de 1993, los cuales solo conservan efectos ultractivos para quienes a dicha data cuentan con un derecho adquirido. En respaldo de este razonamiento, no resulta viable la aplicación del **principio de favorabilidad**, que depende de la existencia de dos o más normas jurídicas vigentes, ni menos aún del **principio de indubio pro operario**, pues no tiene sentido examinar el propósito de una norma que se itera, perdió su vigencia en el ordenamiento jurídico.

- **Respeto de la doctrina Constitucional**

Adicionalmente debe destacarse que el pronunciamiento efectuado por nuestra Corte Constitucional resulta **vinculante** al producir efectos jurídicos desde el día siguiente a la fecha en la cual se tomó la decisión, en consecuencia, tiene efectos inmediatos, debiendo aplicarse independientemente de la fecha de radicación del proceso de conformidad con lo estatuido en art. 56 de la Ley 270 de 1996 y como se expuso entre otras, en la sentencia C-973 de 2004 y en tanto, es dicha autoridad la llamada a unificar la jurisprudencia nacional, respeto que materializa los principios de igualdad, supremacía de la Constitución, debido proceso, confianza legítima, cosa juzgada y seguridad jurídica, especialmente en tratándose de decisiones unificadoras emitidas por el pleno de esa corporación, que tienen un valor preponderante aún ante la existencia de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, como se expuso en proveídos C-621 de 2015 y T-109 de 2019.

- **Caso concreto**

En el caso concreto, sea lo primero advertir que, no existe discusión respecto del estatus de pensionado del (la) señor(a):

Nombre pensionado	# Resolución	A partir de	Cuantía inicial
Félix Antonio Morato García	Resolución N° 118564 de 2010	1° de agosto del 2010	\$515.000 (Exp. Adto.)

A quien se les reconoció la pensión de vejez por ser beneficiario del **régimen de transición** y cumplir con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en consecuencia, al no contar con un derecho adquirido a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, sino con una mera expectativa- siguiendo los derroteros expuestos-, no queda otro camino que absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

En consecuencia, se confirmará la absolución impartida en primera instancia, aunque por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

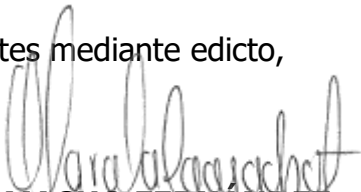
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

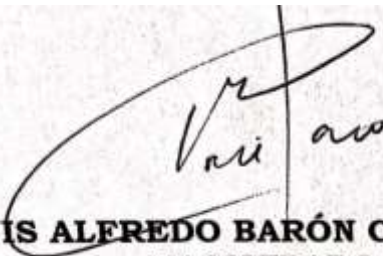
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de octubre del 2020, por el Juzgado 9 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
Salva voto


LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/ 20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/ 20-



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: LUZ DIANA TRUJILLO SANTOS
DEMANDADO: SU TEMPORAL S.A.
RADICACIÓN: 05-2016-00302-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA POR LAS PARTES
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO – LEY 361

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 "*Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica*", se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Luz Diana Trujillo Santos, instauró demanda ordinaria contra SU TEMPORAL S.A con el propósito de que se declare la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo realizada el 17 de septiembre de 2015, por haber sido despedida mientras gozaba de la protección especial de la estabilidad laboral reforzada por debilidad manifiesta. Como consecuencia de ello, solicitó su reinstalación sin solución de continuidad, la afiliación y pago de los aportes a la seguridad social integral; el pago de salarios causados a razón del salario mínimo legal vigente; prestaciones sociales y vacaciones, todo ello a partir de la fecha de culminación del vínculo laboral.

Como pretensiones subsidiarias solicitó que se declare la existencia del contrato de trabajo a partir del 11 de diciembre de 2014; que el despido se produjo sin el cumplimiento de los requisitos legales dado que no solicitó autorización del inspector de trabajo, lo que deviene a un despido sin justa causa; y como consecuencia de ello, condenar a la demandada a reconocer y pagar a su favor las indemnizaciones por despido sin justa causa, moratoria y la equivalente a 180 días de salario, del que trata los artículos 64 y 65 del C.S.T. y, 26 de la Ley 361 de 1997. En todo caso, el pago de las costas y agencias en derecho y lo que corresponda a las facultades extra y ultra petita. (fls 3 y 4).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que entre las partes celebraron un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 14 de diciembre de 2014, para desempeñar el cargo de operaria, devengado a la fecha de su retiro el salario mínimo legal vigente. Refirió que sufrió enfermedades, tales como, manguito rotador y carpiano bilateral, razón por la que su EPS ordenó reubicación de puesto de trabajo; que la

demandada tenía pleno conocimiento de dicha condición, no obstante, el 17 de septiembre de 2015 decidió terminar la relación en forma unilateral.

Por último, refirió que dada a la forma en que culminó el vínculo laboral, interpuso acción de tutela, misma en la que se le concedió el derecho rogado, decisión que le fue confirmada por el superior; adujo que la orden proferida por el Juez constitucional fue su reintegro, reconocer y cancelar el pago de todos los salarios y demás acreencias laborales desde el finiquito de la relación laboral, al igual que la indemnización de 180 días, decisión que fue cumplida por la demanda en cuanto a la reinstalación transitoria.

(fls. 2 y 3).

2. Contestación de la empresa demandada. La empresa demandada al contestar la demanda se opuso a las pretensiones bajo el argumento de que no existen los presupuestos de orden jurisprudencial necesarios para que pueda lugar a considerar que la demandante ostenta la calidad o el estado de debilidad manifiesta, ni muchos que la terminación del contrato de trabajo fuese sido unilateral e injustificada, puesto que este se dio por culminación de la obra o laboral el día 17 de septiembre de 2015. Preciso que en virtud del cumplimiento del fallo de tutela existió otro contrato de trabajo con fecha de iniciación el 19 de octubre de 2015 y terminación el 29 de febrero de 2016, en razón a que la demandante no presentó demanda ordinaria ante el Juez Laboral dentro de los 4 meses subsiguientes a la sentencia.

En lo atinente a los supuestos fácticos no aceptó que entre las partes se haya celebrado un contrato de trabajo a término indefinido, pues este lo fue por la duración de la obra o labor determinada, como trabajadora en misión para atender incrementos de producción; que dicho contrato inició el 11 de diciembre de 2014, para desempeñar el cargo de operaria de producción, en la empresa usuaria ETERNA S.A. Expuso que la demandante en vigencia de la relación laboral, presentó incapacidades referentes a enfermedad general y otras respecto a las patologías que se menciona en el escrito de demanda, lo que llevó a que se calificara el origen de las enfermedades; sin embargo, no fue notificado ni hubo comunicación de que la demandante padeciera enfermedad alguna que le ocasionará pérdida de capacidad laboral, ni orden de reubicación de puesto de trabajo; que posteriormente recibió comunicación de la EPS, indicando que las patologías Síndrome de manguito rotatorio derecho y síndrome del túnel carpiano bilateral como de origen común, así mismo, la Clínica Orthohand S.A.S., expidió recomendaciones por medio de una historia clínica, las cuales no interferían en el normal desarrollo de la actividad laboral.

Por lo demás, refirió que en efecto la demandante devengaba un salario mínimo legal vigente y que la actora interpuso acción de tutela en contra de la demandada, sin embargo, aclaró que no es cierto que la decisión tomada por el Juez constitucional fuese en los términos que se indica, puesto que se resolvió únicamente conceder la tutela como mecanismo transitorio. Propuso como excepciones de fondo las de falta de causa, carencia de acción, inexistencia de la obligación, pago y buena fe, cobro de lo no debido, mala fe de la demandante y prescripción. (fol. 43 y ss.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 17 de octubre del 2019, en la que el fallador condenó a la demandada a reintegrar a la demandante al cargo que se adapte a su estado de salud a partir del 17 de septiembre de 2015, junto con el pago de salarios, reajustes salariales, prestaciones sociales legales, vacaciones, aportes a seguridad social en salud y pensión; autorizando a la demandada a descontar de la condena lo ya pagado mientras se dispuso el reintegro transitorio; y no condenó en costas. (CD fol. 223)

Primeramente, limitó el problema jurídico a dilucidar si para la fecha de terminación del contrato de trabajo, esto es, 17 de septiembre de 2015, la demandante se encontraba bajo la garantía de la estabilidad laboral reforzada, es decir, si para esa fecha ostentaba una condición de salud que le impidiera o dificultará sustancialmente sus labores en condiciones regulares, para que así proceda las condenas elevadas en el escrito de demanda.

Para resolver el problema jurídico refirió que no hubo discusión sobre la vinculación laboral de la demandante, ni su modalidad contractual, dado que su contratación fue como trabajadora en misión, de conformidad con la Ley 50 de 1990 y, además, dentro del plenario obra el contrato de trabajo por el término que dure la obra, iniciándose las labores el 11 de diciembre de 2014, enviada a misión a la empresa ETERNA S.A. para desarrollar la labor de Operaria, situación que describió la demandante en el interrogatorio de parte surtido, concluyendo que por dicha labor hacía que tuviera movimientos repetitivos; que el extremo final quedó establecido con la carta de terminación del contrato, es decir, el 17 de septiembre de 2015; y que en tal virtud, su decisión se basaría únicamente en el contrato laboral primigenio y no en el segundo vínculo contractual suscrito como consecuencia de la acción de tutela.

Acusó de no encontrar probado que Eterna S.A., como empresa usuaria, haya finiquitado el contrato de prestación de servicios con la demandada, lo cual es fundamento de la terminación del vínculo laboral; así mismo, que es claro que la empresa conocía el estado de salud de la trabajadora dada a las incapacidades remitidas por esta, que predicaban el ausentismo del trabajador, además, por cuanto la EPS exigió al momento de la calificación del origen de las patologías informe de análisis de puesto de trabajo, dictamen que finalmente resolvió como de origen común.

Lo anterior, para significar, que dado a los criterios expuestos por la Corte Constitucional, las enfermedades sustancialmente le impedida o dificultaba la labor por la que fue contratada, insistiendo que la terminación fue con ocasión al estado de salud que le aquejaba, dado que no aportó comunicación proveniente de Eterna S.A., en la que se indicará la terminación del contrato de servicios entre esta y la demandada.

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación demandante. Formuló recurso de apelación en cuanto a lo relacionado con la modalidad laboral del vínculo contractual, pues indica, que se debe ordenar el reintegro, pero no teniendo en cuenta la duración declarada, sino un contrato de trabajo a término indefinido que le garantice mayor estabilidad laboral a la trabajadora; que en razón a la cláusula 3° del contrato de trabajo que no determina claramente cuál es la labor u obras para que fue contratada, mutando de esta forma a término indefinido. Por otro lado, en lo concerniente a las costas absueltas, refirió que de conformidad con el artículo 155 del C.G.P., si es posible condenar en agencias en derecho a la parte contraria cuando es beneficiaria del amparo de pobreza.

4.2. Recurso de apelación parte demandada. Argumentó que el Juez de primer grado hizo una interpretación errónea en la medida que adujo la inexistencia de prueba alguna en la que Eterna S.A. haya comunicado en su oportunidad la terminación de la obra, sin tener en cuenta que precisamente al momento de dar cumplimiento a la acción de tutela, la accionante fue reubicada en la labor de mensajería, lo que significó que para ese momento no pudiera ser reintegrada al cargo que venía ejerciendo ante la terminación del contrato de obra con la empresa usuaria. De manera que si bien no obra prueba documental en la que se aduzca que la labor terminó, si existe una

comunicación escrita en la que la empresa Eterna S.A. responde a la EPS SaludCoop y reafirma que efectivamente la demandante fue una trabajadora en misión, por lo que ninguno momento trato de disfrazar dicha relación y, contrario a ello, asumió un costo demás al reubicarla.

De tal manera que infirió que no existe ningún nexo causal entre la patología que padece la actora y la terminación del contrato de trabajo por obra o labor, por lo que considera que el Juez no valoró las pruebas en su conjunto, sin tener en cuenta lo manifestado en el interrogatorio de parte por el representante legal y las pruebas documentales allegadas, en especial el examen médico de ingreso, no se puede determinar con exactitud si al momento de entrada a la empresa ostentaba ya la condición médica. (CD fol. 233)

4. Alegatos parte demandante. En su escrito de alegaciones manifestó que se encuentra probado que el 11 de diciembre del 2014 inició labores la demandante a cargo de la empresa SU TEMPORAL S.A., para desempeñar la labor de OPERARIA, vínculo laboral que finalizó la entidad accionada, aduciendo que se dio cumplimiento del término, dada la culminación que dio origen al contrato de trabajo. Así mismo, que fue demostrado que se le realiza tratamiento frente a la patología manguito rotador y carpiano bilateral en vigencia del nexo laboral, así como el seguimiento por medicina general y especializada.

Agregó que al terminar el contrato de trabajo sin justa causa (objetiva diferente a la terminación del contrato) de manera unilateral, encontrándose en tratamiento médico respecto de las patologías señaladas y sin haber solicitado el permiso del Ministerio del Trabajo, la sociedad encartada vulneró sus derechos constitucionales fundamentales a la salud, a la estabilidad laboral, a la vida digna y a la seguridad social que le asisten.

Por último, reiteró que su inconformidad es presentada en cuanto a un aspecto puntual de la sentencia y es lo relacionado con la modalidad del contrato de trabajo, en tanto que se debió ordenar el reintegro o reinstalación, pero no teniendo en cuenta el contrato de obra labor contratada sino bajo la modalidad a término indefinido, mismo que le garantiza mayor estabilidad laboral y máxime que la cláusula tercera del contrato suscrito no determina claramente cuál es la obra o labor contratada para que tenga eficacia, por tanto se convierte en un contrato a término indefinido.

5. Alegatos parte demandada. Arguyó que el contrato de trabajo celebrado entre las partes fue por el término que dure la realización de la obra o labor determinada, por escrito entre ambos extremos, como trabajadora temporal en misión para atender incrementos en la producción (Artículo 77 ley 50/90), en la empresa usuaria Eterna S.A., y que como consecuencia del mismo y consta en comunicación escrita; que el empleador comunicó a la trabajadora que la obra o labor para la cual había sido contratada había finalizado, razón por la cual su misión concluyó el 17 de septiembre de 2015, situación que el Juez de primera instancia difiere argumentando que no existe prueba de ello, en tanto que debía aportar como documental donde la empresa Eterna S.A., le comunicara dicha terminación, exigencia adicional a las evidenciadas documentadas.

Refirió que si bien no trajo a documental, como lo exige donde prescriba que la obra o labor a terminado entre empresa contratante y empresa usuaria, existe un contrato de carácter comercial entre la empresa de servicios temporales y la empresa usuaria, en la que solicitó la vinculación de un número de personal determinado para cumplir una labor, por incremento de la producción, por lo que en ningún momento está tratando

de disfrazar, o de llevar otra información, en tanto que el motivo o nexo de terminación del contrato, fue única y exclusivamente por la terminación de la obra o labor, pues no subsistían las causas que habían dado origen al contrato, de no ser así entonces no resulta una explicación lógica que, la hubiese reintegrado en la misma empresa Eterna S.A. o en otra empresa en el cargo de operaria, donde no le genere un costo y al contrario le llegue a generar una utilidad, en cumplimiento del objeto social que desarrolla la empresa.

Por último, difirió que de la apreciación del Juez, donde manifiesta que quedó probado que el despido fue única y exclusivamente por el estado de salud de la trabajadora, y al respecto se basa o se refiere a la prueba médica ingreso, en la que firma la señora Trujillo declarando que no tiene ningún impedimento para laboral, situación que solo salió a flote en acción de tutela una vez terminada la labor para la cual fue contratada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las partes se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- i) ¿Se equivocó el juez de primer grado al declarar que entre las partes se suscribió un contrato laboral bajo la modalidad de obra o labor contratada y no colegir que aquella vinculación fue a término indefinido?
- ii) ¿si la terminación de la relación laboral fue a causa de una razón objetiva, es decir, producto de la culminación del vínculo contractual entre la empresa demandada y la empresa usuaria Eterna S.A. y, no como consecuencia de sus patologías?
- iii) ¿si se configuran los presupuestos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para determinar que el despido de la señora Luz Diana Trujillo Santos se torna ineficaz?

De la relación laboral, su modalidad, salario y terminación

Para resolver el primer problema jurídico que consista la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, el salario mínimo legal mensual devengado en vigencia de esta, ni que la accionante laboró como operaria de producción desde el 11 de diciembre de 2014 al 17 de septiembre de 2015.

Tampoco es materia de discusión que, como consecuencia de la orden proferida en sede tutela, la accionante fue reintegrada a partir del 19 de octubre de 2015, fecha en la que celebró un nuevo contrato laboral por el término que dure la realización de la obra o labor determinada y que dicho reintegro perdió sus efectos transitorios ante la no interposición de la demanda ordinaria laboral el 29 de febrero de 2016. Ni menos fue objeto de discusión que al momento de la finalización de las relaciones laborales a la actora se le adeudara por parte del empleador, salario, prestaciones sociales y compensación de vacaciones.

Hechos que sin duda fueron aceptados en la contestación de la demanda y se corroboran con el contrato de trabajo suscrito el 11 de diciembre de 2014 (fols. 71 a 74), la carta de su terminación (fol. 99), sentencia de tutela proferida por el Juzgado Cuarto Civil Municipal (fls. 22 a 31), contrato de trabajo firmado el 19 de octubre de 2015 (fl. 125), la carta de su finalización y liquidación de prestaciones sociales (fl. 101 y 137)

Ello significa, que lo que se cuestiona y debe dilucidar esta Sala, es determinar la modalidad contractual celebrada entre las partes el 11 de diciembre de 2014 y las circunstancias en que rodearon su terminación, por manera que para efectos de entrar a su estudio se procede a efectuar la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al instructivo, conforme lo determina los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

En ese sentido, es necesario traer a colación el Decreto 4639 de 2006, compilado en el Decreto 1072 de 2015 (Decreto Único Reglamentario del sector del Trabajo), concordante con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, refiere que las empresas de servicios temporales (EST) *"son aquellas que contratan la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas (sic) el carácter de empleador"*.

En ese sentido, su objeto consiste en el suministro de mano de obra con el fin de ponerla a disposición de una tercera persona, natural o jurídica (empresa usuaria), quien determina sus tareas y supervisa su ejecución; por manera que los empleados en misión son considerados trabajadores de la empresa de servicios temporales, pero por delegación de esta, quien ejerce la subordinación material es la usuaria.

Sin embargo, en sendos pronunciamientos la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, ha señalado que solo puede acudir a esta figura de intermediación laboral para algunos eventos específicos y excepcionales como son el desempeño de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6 del Código Sustantivo del Trabajo; cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; y para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más (artículo 77 de la Ley 50 de 1990).

Así entonces, reiteró en sentencia con radicación SL4330-2020, que:

"En efecto, en el marco constitucional (art. 53 CP) y legal existe una preferencia hacia las relaciones laborales estables y duraderas. Por ello, este tipo de vinculaciones fueron concebidas con un carácter netamente transitorio, excepcional y taxativo. Transitorio porque el servicio es, por definición, temporal; es decir, para satisfacer necesidades puntuales y transitorias, que bien pueden ser o no del objeto social de las empresas. Excepcional porque debe enmarcarse en una o varias de las situaciones enunciadas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, y taxativo porque no está previsto para colmar cualquier requerimiento temporal, sino aquellos de los descritos en la norma en cita."

Ahora, el artículo 45 del C.S.T., refiere que la duración del contrato de trabajo puede celebrarse *"(...) por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada"* y que para que produzca sus efectos, dicho contrato deberá convenirse en forma expresa

por las partes y determinarse su límite temporal, dado que el artículo 47 ibídem señala que el contrato de trabajo “*cuya duración no esté determinada por la de la obra o la naturaleza de la labor contratada*”, se entenderá a término indefinido. En otras palabras, debe específicamente acordarse cuál es labor u obra para el que se contrata a la trabajadora, su programación o punto de medición específico que permitan suponer su límite temporal.

Lo anterior, fue ampliamente examinado por el máximo órgano de esta especialidad en sentencia SL 2600-2018, en la que se expuso:

“Se expresó que el contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada es consensual, por lo que para su validez no se requiere escrito. En este acápite, la Corte dará respuesta a otra de las críticas del recurrente, consistente en que en el contrato debe «señalarse la labor específica a desarrollar». La Corte coincide con el casacionista en que frente al tiempo de duración del contrato de trabajo por obra o labor contratada debe existir un acuerdo de voluntades, pues a falta de tal estipulación se debe entender para todos los efectos legales que el vínculo fue celebrado a tiempo indeterminado. Sin embargo, la circunstancia natural de que deba existir una convención, so pena de que el contrato de trabajo se reputé a tiempo indefinido, no significa que el pacto celebrado en tal sentido no pueda demostrarse mediante otros elementos de convicción e inclusive, no pueda derivarse de la naturaleza de esa actividad.”

Más adelante refirió:

“Hay que subrayar, desde luego, que la obra o labor contratada debe ser un aspecto claro, bien delimitado e identificado en el convenio, o que incontestablemente se desprenda de «la naturaleza de la labor contratada», pues de lo contrario el vínculo se entenderá comprendido en la modalidad residual a término indefinido. En otras palabras, ante la ausencia de claridad frente a la obra o labor contratada, el contrato laboral se entiende suscrito a tiempo indeterminado.”

En línea con lo expuesto, surge diáfano de los medios de convicción aportados al plenario, que en efecto la empresa demandada tiene autorizado “**CONTRATAR LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS CON TERCEROS BENEFICIARIOS PARA COLABORAR **TEMPORALMENTE** EN EL DESARROLLO DE SUS ACTIVIDADES, MEDIANTE LA LABOR DESARROLLADA POR PERSONAS NATURALES, CONTRATADAS DIRECTAMENTE POR LA EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES, LA CUAL TIENE CON RESPECTO DE ESTAS EL CARÁCTER DE EMPLEADOR (...)**”, tal y como se señala en el Certificado de Existencia y Representación Legal a folio 40 a 42 del instructivo (negrillas fuera de texto).

Debido a ello y en cumplimiento del objeto social autorizado, entre las partes, es decir, entre Luz Diana Trujillo y Su Temporal S.A., se celebró un contrato de trabajo por el término que dure la relación de la obra o labor determinada, mismo en el que se anotó:

**“CATEGORÍA DEL TRABAJADOR: Trabajador en Misión
MOTIVO QUE DA ORIGEN A LA OBRA O LABOR: Temporal en Misión para atender INCREMENTOS en la producción. (Art. 77 Ley 50/90).
EMPRESA USUARIA Y LUGAR EN DONDE SE LLEVARÁ A CABO LA LABOR: ETERNA S.A., 11001-BOGOTÁ D.C.
FECHA DE INICIÓ DEL CONTRATO: 11 de Diciembre de 2014.”**

Pactándose en su cláusula tercera:

“TERCERA: DURACIÓN DEL CONTRATO. En virtud de que el presente contrato se celebra por el término que dure la realización de la **obra o labor** para que el TRABAJADOR fue contratado, es de carácter **temporal** y por consiguiente la duración del mismo será el tiempo requerido para la realización de la obra o labor cuya ejecución demanda la empresa usuaria y es objeto de este contrato, todo conforme a lo previsto en los artículos 45 del C.S.T. y en el literal d) del artículo 5 de la ley 50 de 1990. En consecuencia, este contrato terminará en el momento en que la Empresa Usuaria comunique al EMPLEADOR la terminación de la obra o labor para la cual fue contratado el TRABAJADOR en misión, sin preaviso y sin que el EMPLEADOR tenga que reconocer indemnización alguna por este concepto”

De dichas probanzas se puede extraer que si bien la demandada está legalmente autorizada para prestar servicios a los beneficiarios que requieran temporalmente la labor de personas naturales, lo cierto es que en el caso de marras, no se estableció por las partes al momento de suscribir el laborío ya citado, específicamente la labor que se requería y su duración o límite temporal, en tanto que, solo se dejó sentado que la labor consistiría en atender el “**incremento en la producción**” de la Empresa Usuaria Eterna S.A. y que terminaría cuando esta última concluyera la prestación de servicios con la EST demandada, concluyéndose así, que la ejecución de la actividad personal de la demandante no estaba sometida a un límite temporal sino circunscrita a la suerte de la usuaria, en consecuencia, al no estar debidamente delimitada tampoco es dable entender por esta Sala que el contrato de obra o labor contratada, del cual se soporta la empresa temporal demandada, nació a la vida jurídica.

Y es que aun cuando el contrato de obra o labor exige cabalmente que el aspecto contratado quedé debidamente delimitado e identificado, tal condición resulta más imperiosa en tratándose de relaciones laborales atípicas, es decir, cuando la empresa temporal de servicios medie en la contratación de la trabajadora, en la medida que la misma ley la restringe a determinados eventos que se traducen al concepto de **temporalidad**, de tal suerte que la modalidad contractual del laborío deba estar determinada sin lugar a equívocos, lo cual no haga que dependa de la voluntad o el capricho del empleador, de la empresa usuaria o del mismo trabajador, sino por la esencia misma del servicio contratado.

En ese sentido, es claro que, al no fijarse la temporalidad y límites del contrato, apoyada en la empresa usuaria, forzoso resulta necesario dar aplicación al artículo 45 del CST, esto es que, en virtud del principio de la primacía de la realidad, la vinculación laboral fue desarrollada bajo un contrato a término indefinido, de allí que sea factible declarar su ineficacia.

En este punto es necesario resaltar que, aunque no es habitual para las empresas temporales de servicio efectuar una contratación a término indefinido con los trabajadores en misión, pues como se ha advertido en apartes precedentes de ésta sentencia, el objeto de dichas empresas es la remisión de personas naturales a terceros beneficiarios para colaborar **temporal o transitoriamente** en el desarrollo de sus funciones, en los casos autorizados por la ley (art. 77, Ley 50/90 y art.6 Decreto 4369 de 2006), lo cierto es que en este preciso asunto es dable declarar la modalidad indefinida de su vinculación para los propósitos que persiguen en la demanda, más aun cuando la actor no integra a la presente Litis a la empresa usuaria y, por ende, no persigue la declaratoria de la misma como su verdadero empleador con la consecuente intermediación de la empresa de servicios temporales, en los términos previstos en los artículos. 35-2 del CST (CSJ rad.6844 de 2017 y 1170 de 2017)

Bajo esas condiciones, se modificará la decisión tomada por el *A Quo* en lo que hace a la modalidad contractual estipulada por las partes, para en su lugar concluir que la relación que ató a las mismas se situó en la de un contrato de trabajo a término indefinido.

De la estabilidad laboral reforzada

En lo atinente al problema jurídico relacionado con establecer si la empresa actuó de manera discriminatoria frente a la trabajadora al momento de la terminación de la relación laboral, la Sala decisión debe recordar en primer lugar, que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que no puede acudir a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61 derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación, luego no resulta plausible concurrir en este caso en concreto a dichos grados para determinar la limitación, máxime cuando se evidencia que la terminación del vínculo contractual es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues la finalización se produjo el 17 de septiembre de 2015.

Siguiendo este hilo conductor, al perder sustento legal la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de moderada, severa y profunda para la protección especial por la discapacidad, merced a la derogatoria del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, por lo menos, desde su derogatoria expresa, estamos ante una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para establecer si la limitación en la salud de la trabajadora es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional en la sentencia SU-049 de 2017 (M. P. María Victoria Calle), en la cual se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) **una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares**, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en la sentencia T-041 del 2019, estableció que la estabilidad laboral reforzada representa para el empleador que conoce del estado de salud del empleado un deber que se concreta en su reubicación atribuyéndole otras labores. Si en lugar de reasignarle funciones lo despide, se presume que la desvinculación se fundó en la condición del trabajador, y como consecuencia, dicha determinación se torna ineficaz.

No obstante, señaló que el trabajador **en condición** de discapacidad o que tiene limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que le impiden o dificultan sustancialmente el desarrollo de sus funciones **puede ser despedido cuando incurre en una causal objetiva para la terminación del contrato**, pues de no existir dicha causal el empleador tiene el deber ineludible de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral.

Concluye la Corte que cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado *"la presunción de desvinculación laboral discriminatoria"*, entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.

Al respecto en la sentencia T-320 de 2016, se dijo que: *"en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador."*

Colofón de lo expuesto, es claro para la Corporación que la demandante debe acreditar que contaba con circunstancias de salud física o mental **que le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental**, y que el empleador conocía de ellas previo al momento de la terminación del contrato de trabajo, para que entre a operar el ámbito de protección de la Ley 361 de 1997. Una vez probada la circunstancia de salud le corresponde al empleador demostrar la justa causa que tuvo para dar por terminado el contrato de trabajo y por la cual no era necesario solicitar autorización al Ministerio de Trabajo.

Bajo tales presupuestos, el haz probatorio da cuenta que la actora sufre de SÍNDROME DE MANGUITO ROTATORIO DERECHO y SÍNDROME DEL TÚNEL CARIANO BILATERAL, patologías calificadas de origen común, según misiva a folio 86 del instructivo, sin embargo, no puede considerarse como generadora de la protección derivada por estabilidad laboral reforzada de sujeto de especial protección constitucional, en tanto, no se demostró que dicha afección fuera lo suficientemente grave, es decir, que mermara su salud en tal grado que le impidiera sustancialmente el desempeño de la labor de operaria para la cual fue contratada.

A la anterior conclusión se arriba luego de observar que para el 17 de septiembre de 2015, fecha del finiquito, la demandante no se encontraba gozando de incapacidad laboral, pues la únicas Historias Clínicas aportadas e identificadas con números 315117648 del 31 de marzo de 2015 (fol. 78 y 79), 317125898 del 20 de abril de 2015 (fol. 80) y 324732813 del 30 de junio del mismo año (fol. 81 a 84), dan cuenta de un solo día de incapacidad laboral, que tuvo lugar el 31 de marzo de 2015, esto es, 5 meses y 17 días antes de la terminación del contrato de trabajo.

No se acredita que la señora LUZ TRUJILLO SANTOS se encontrara en tratamiento médico para la data de terminación del contrato de trabajo, como tampoco que contara con tratamiento médico de rehabilitación, recomendaciones médicas ni restricciones médico laborales para el desempeño de la labor o que en sumo tuviera una barrera que le impidiera asumir sus funciones en condiciones normales o regulares, dado que si bien obra en el informativo indicación médica por la Clínica OrthoHand S.A.S. (fol. 85), también lo es que esta fue expedida el 19 de febrero de 2016, esto es, con posterioridad al finiquito y en todo caso, de la misma no se extrae concepto de ineptitud laboral sino simplemente recomendaciones tales como realizar pausas activas cuando lleve 1 hora de pie, no subir y bajar escaleras y evitar el levantamiento de objetos pesados mayores a 10 kg, las cuales debe cumplir no solo en el ámbito laboral sino también en su vida cotidiana y que en manera alguna le imposibilitan para desarrollar actividad productiva alguna.

En este punto es necesario precisar que, aunque la accionante refiere en la demanda que su EPS ordenó la reubicación de puesto de trabajo y que la demandada tenía pleno conocimiento de dicha condición, lo cierto es que, al plenario no fue aportada prueba alguna con la que se demuestre dicha afirmación.

Además, si bien en el trascurso del vínculo laboral se estaba calificando el origen en primera oportunidad de dichas patologías, como se extrae de la misiva mediante la cual la EPS le solicitó documentos al empleador, lo cierto es que, de este documento no se extrae la imposibilidad de la actora para ejercer las funciones encomendadas por el dador del laborío, pues en este específico caso tan solo demuestra que se encontraba indagando si la patología tenía un origen laboral o común, lo cual tiene como fin establecer que entidad del sistema de seguridad social tenía a cargo las prestaciones asistenciales y económicas que se derivan de la contingencia (SL10538-2016 Y sl2797-2020).

En todo caso, tampoco es posible establecer dicha condición con el interrogatorio practicado a la demandante, pues es bien sabido que en materia probatoria le está vedado a las partes crear su propia prueba, para luego valerse, sacar provecho o beneficiarse de ella; razón por la que no era posible concluir, como lo hizo el fallador de primera instancia, que la demandante tuviera la condición de sujeto de estabilidad laboral reforzada, basando su decisión en la simple percepción e intuición o, por el hecho de que la accionante señalará que ejecutaba acciones repetidas en sus actividades laborales.

Por lo anterior, el hecho de haber sido diagnosticada con SÍNDROME DE MANGUITO ROTATORIO DERECHO y SÍNDROME DEL TÚNEL CARPIANO BILATERAL, no puede ser por si solo argumento suficiente para demostrar que se trata de un sujeto de especial protección y, en consecuencia, concluir que su retiro del lugar de trabajo constituyó una discriminación, pues como lo ha dejado sentado nuestra H. Corte Constitucional, sufrir de una enfermedad no es sinónimo de inamovilidad (C-531/00 C-824/11, T-226/12, T-597/14, T-141/16 y SU-049/17).

Bajo ese contexto, no cabe duda de que la demandada no debía cumplir ningún procedimiento previo para dar por terminado el contrato de la señora LUZ DIANA TRUJILLO SANTOS, pues en realidad no se encontraba en condiciones que le impidieran desarrollar sus labores en condiciones regulares, merecedoras de protección laboral reforzada. En consecuencia, no opera la protección especial consagrada en el art. 26 de la Ley 361 de 1997, por ende, la terminación del contrato no puede declararse ineficaz.

De las pretensiones subsidiarias

Pretende la parte actora que a su favor se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa y si bien se señaló en la demanda que corresponde a la contenida en el artículo 65 del C.S.T., entiende la Sala que hizo referencia a la primera de estas, es decir, a la contenida en el artículo 64 ibídem. Así mismo, solicita el pago de la indemnización equivalente a 180 días de salario, conforme lo dispone la Ley 361 de 1997.

El sustento de esta pretensión esta edificado en que el despido se produjo sin el cumplimiento de los requisitos legales dado que su empleador no solicitó autorización del inspector de trabajo.

Sobre el primer aspecto, es decir, sobre la pretensión en torno al pago de la indemnización por despido sin justa causa, es menester señalar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto, tal y como se señaló en sentencia SL180-2018.

Resaltando que con arreglo al párrafo del artículo 62 y el artículo 66 del C.S.T., se ha indicado que la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda alegar causales o motivos distintos, en tanto que, *"... no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral para tal efecto sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, ya que el sentido de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la finalización unilateral de la relación de trabajo"* (Corte Constitucional, sentencia C-594-97.)

Siendo ello así en cuanto al modo en que terminó la relación laboral, el caudal probatorio da cuenta válidamente que su finalización correspondió a una decisión unilateral que se justificó a lo definido en el literal d) del artículo 61 del C.S.T., es decir, a la causa legal consistente en terminación de la obra o labor contratada. Sin embargo, tal y como se adujo en líneas precedentes se descartó de plano que la vinculación de la aquí demandante con la EST fuese dada bajo dicha modalidad, de modo que, no encontrándose justificación alguna, para dar por terminada la relación laboral, deberá la encartada indemnizar a la accionante, conforme a lo dispuesto en el literal a) del artículo 64 *ejusdem*.

En ese sentido, aplicando la norma sustantiva, se tiene que, a título de indemnización por despido injusto se reconocerán 30 días de salario, que equivalen a la suma de **\$737.717**, en razón al tiempo de servicio prestado por la actora con su otrora empleadora, esto es, entre el 11 de diciembre de 2014 al 17 de septiembre de 2015. Suma que al ser cancelada deberá ser indexada teniendo como IPC inicial el 18 septiembre de 2015 y como IPC final el que corresponda al momento de su pago.

Ahora, en lo atinente a la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no correrá de la misma suerte, dado que, aunque fue planteada de manera subsidiaria la misma se encontraba edificada sobre la prosperidad de la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y consecuentemente el reintegro de la trabajadora en aplicación al fuero de estabilidad laboral, mismos que fueron objeto de análisis, habiéndose obtenido respecto de estas una decisión absolutoria.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la decisión impugnada, para en su lugar, **CONDENAR** a la empresa convocada a pagar únicamente a favor de la señora **LUZ DIANA TRUJILLO SANTOS**, por concepto de indemnización por despido sin justa causa, la suma de **\$737.717**, que deberá ser indexada teniendo como IPC inicial el 18 septiembre de 2015 y como IPC final el que corresponda al momento de su pago, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en la alzada. Las de primera instancia quedan a cargo de la parte demandada.

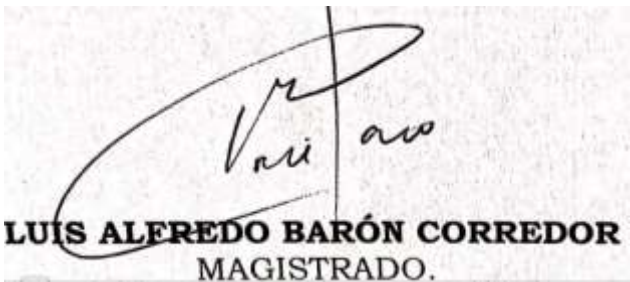
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

-Se suscribe con firma escaneada ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA LABORAL

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ISABEL CRISTINA PINZÓN CASTRO
DEMANDADAS: COLPENSIONES-AFP OLD MUTUAL, PORVENIR S.A.
MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.
RADICACIÓN: 1100131050-22-2018-00688-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADAS
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C., veintiséis (26) de febrero del dos mil veintiuno (2021)

Teniendo en cuenta que el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 1° del Acuerdo PCSJA20-11567 del 5 de junio del 2020 levantó la suspensión de términos judiciales a partir del 1° de julio del 2020 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, conforme a lo estatuido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio del 2020 *"Por el cual se adoptan medidas para implementar las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones judiciales, agilizar los procesos judiciales y flexibilizar la atención a los usuarios del servicio de justicia, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. SANTIAGO BERNAL PALACIOS, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. ISABEL CRISTINA PINZÓN CASTRO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., con el propósito de que se declare que la nulidad del traslado realizado el 1 de septiembre de 1999 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ante la omisión del deber de información, con prudencia y pericia y de manera clara y completa.

Como consecuencia, se condene a Old Mutual a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación de la demandante, como cotizaciones y bonos pensionales, junto con los rendimientos que se hubieren causado; que Colpensiones a recibirla como afiliada, así como recibir los valores obtenidos mientras estuvo vinculada al RAIS y a contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas; además, que debe reconocer la pensión de vejez bajo lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiaria del régimen de transición y a partir del 1 de enero de 2011.

Pretendió en forma subsidiaria, que se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen

de Ahorro Individual con Solidaridad. En todo caso solicitó el pago de todo concepto que resulte en el proceso ultra y extra petita y, las costas del proceso. (folios 40 y 41.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que estuvo afiliada al ISS desde el 1 de marzo de 1979 a julio de 1999, sin embargo, fue trasladada a la AFP Porvenir S.A., con fecha de efectividad septiembre de 1999; que nació el 31 de diciembre del 55 y que por tal razón, al 1 de abril de 1994 tenía 38 años cumplidos; que al 25 de julio del 2005 cotizó más de 750 semanas, de manera que tiene satisfechos los requisitos para acceder a la pensión del que trata el Decreto 758 de 1990 a partir del 1 de enero de 2011, fecha para la cual cumplió los 55 años.

Añadió que al momento el traslado al fondo privado no fue asesorada e informada de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a las diferencias entre uno u otro régimen pensional, las prestaciones que obtendría, los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales que debía tener en cuenta al momento de tomar la trascendental decisión. (folios 38 a 40)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma, sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento.

3. Contestación de Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. Contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra. Indicó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y además al trasladarse renunció a la aplicación de cualquier beneficio; que la demandante se encuentra disfrutando de una pensión de vejez desde el mes de septiembre de 2017, bajo la modalidad de retiro programado, razón por la cual no puede ser trasladada de régimen. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de causa, buena fe, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, inviabilidad del traslado de régimen pensional, situación pensional consolidada – reconocimiento pensional, genérica, compensación y pago. (folios 63 a 66 y 87 a 107).

4. Demanda de reconvención presentada por Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. Por escrito separado, la sociedad demandada presentó demanda de reconvención contra de la demandante, con el fin de que se declaren improcedentes las pretensiones principales y subsidiarias propuestas en la demanda principal y que en el evento que prosperen se condene a reintegrar a su favor las sumas de dinero que ha cancelado por concepto de mesadas pensionales derivadas de la pensión de vejez desde la fecha de su reconocimiento hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso. Solicita que dichas sumas deberán indexarse al momento del pago y se condene a la demandada en costas y agencias en derecho.

Como situaciones fácticas expuso que al demandante dada su vinculación y a la solicitud pensional, tuvo que proceder a determinar su acumulaba en su cuenta de ahorro pensional el capital suficiente para financiar una pensión de vejez en los términos del artículo 64 de la Ley 100 de 1993; por manera que mediante comunicado, reconoció la pensión de vejez, en cuantía de \$2.962.000 pagaderos a partir del mes de septiembre de 2017, optando la demandante la modalidad de pensión por retiro programado, por lo que en el evento de declararse la nulidad de su afiliación las sumas que por concepto de pensión ha cancelado deberán ser reintegradas. (folios 156 a 158)

5. Contestación de Colpensiones. Contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra, bajo el argumento que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la demandante se le hubiere hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP o de que se este en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad que hubo una inconformidad por parte de la demandante. Por el contrario, denota de las documentales que se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimiento o presiones indebidas. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho para regresar al Régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica. (folios 161 a 196)

6. Contestación de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, considerando que no existe ni existió vicio alguno en el consentimiento expresado por la demandante al momento de celebrar el acto jurídico de la vinculación, en tanto que la actora diligenció la solicitud de traslado de forma libre, voluntaria, espontánea y sin presiones de ninguna naturaleza, situación que se corrobora con la firma del formulario pertinente, como constancia expresa de su voluntad de selección y afiliación, vinculación que fue debidamente aceptada en cumplimiento de los requisitos legales para ello. Propuso las excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, cumplimiento de los requisitos formales en la afiliación y genérica. (folio 209 a 219)

7. La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público – Oficina de Bonos Pensionales. En su escrito de intervención se opuso a las pretensiones de la demanda, debido a que la demandante ya consolidó la situación jurídica en razón a que desde hace más de 2 años se encuentra pensionada en el RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, violación al principio constitucional de la sostenibilidad financiera y genérica. (folio 232 a 246)

8. Contestación a la demanda de reconvención. La parte actora no se pronunció respecto del libelo impetrado en su contra, por manera que auto de fecha 22 de enero de 2020, se tuvo por no contestada conforme a lo dispuesto en el artículo 31 del C.P.T. y de la S.S. (folio 259)

9. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 28 de julio del 2020 en la que la falladora declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora acaecido el 26 de diciembre del 2000; absolvió a la demandante de las pretensiones elevadas por Old Mutual y ordenó a esta última a trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional. Así mismo, ordenó a AFP Porvenir S.A. remitir a Colpensiones los dineros que por concepto de gastos de administración durante el tiempo en que perduró la aparente afiliación. Por último, ordenó a Old Mutual a devolver el bono pensional tipo A al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y a Colpensiones descontar los valores que ya hubiese reconocido por concepto de mesadas pensionales. (Cd a folio

260)

Para llegar a tal decisiva, señaló que de conformidad con los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia las AFPs tenían el deber de brindar información a sus afiliados a fin de que ellos pudiesen adoptar una decisión consiente y realmente libre acerca de su futuro pensional, a través de una asesoría, buen consejo y doble asesoría. En tal virtud y dada la carga probatoria que se le impone a la AFP, encontró que aunque la demandante ya no es afiliado dada a condición de pensionado no por ello debe negarse la ineficacia del traslado, en tanto que no evidencia al momento de la afiliación que el fondo pensional privado le comunicará que se encontraba beneficiada del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, de ahí que concluyera la ineficacia del traslado. Referente a la demanda de reconvención la negó, pero señaló que como quiera que dentro del asunto existe un bono pensional ordenó su devolución al Ministerio de Hacienda y Crédito Público;

9. Impugnación y límites del ad quem.

9.1. Recurso de apelación de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Formuló recurso de apelación indicando la afiliación es un acto valido al suscribir su vinculación de manera libre y voluntaria, sin presiones, tal y como lo hace constar la demandante en el interrogatorio de parte y al imponer su firma en el formulario de afiliaciones; máxime cuando la actora no hizo uso de su derecho de retractación conforme lo determina el Decreto 1191 de 1994 y continuó con su afiliación. Por otro lado, indicó que debe opera la prescripción en tanto que se esta hablando de una nulidad relativa y no se esta discutiendo el derecho pensional de la demandante. Además, que para la época de su afiliación no era obligatorio realizar proyecciones pensionales.

Anotó que respecto de los gastos administrativos es improcedente su devolución como quiera que por disposición legal debió recibirlos para sufragar los gastos que demandan la afiliación, como es el pago de los seguros de sobrevivencia e invalidez. Por último, indicó que frente a la condena en costas no se dan los presupuestos para proferirla en tanto que actuado de buena fe. (Cd. Fol. 260)

9.2. Recurso de apelación Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. Indicó que la demandante es pensionada y no afiliada, por lo que desplegó una serie de actuaciones como suscribir actos jurídicos, participó en la reconstrucción de su historia laboral, por lo que no puede desconocer que ella tenía pleno conocimiento de como se financiaba su pensión de vejez en el régimen de ahorro individual, máxime cuando ella decide optar por la modalidad pensional. Solicitó que se estudie la demanda de reconvención pues considera que si aplica precisamente la compensación toda vez que la demandante se lucro y el pago de las mesadas pensionales se hicieron a título de buena fe y que en lo atinente a los gastos de administración, se revoque la condena puesto que se castiga al fondo pensional con ello, además por cuanto cubren las contingencias de invalidez y sobrevivencia.

Por último, señaló en lo referente al bono pensional que en caso de que exista una merma en los dineros del mismo, esas diferencias sean asumidas por la demandante, en tanto que se ha beneficiado de estos. (Cd. folio 260)

9.3. Recurso de apelación Colpensiones. Dijo que lo que pretende realmente la demandante es incrementar su mesada pensional, lo cual no da lugar, ya que le era imposible a los fondos pensionales privados al momento de su afiliación conocer la cuantía de su derecho pensional, por lo que no se puede reputar una falta al deber de

información. Señaló que la demandante confesó en su interrogatorio cual iba ser su mesada pensional en el régimen de ahorro individual cuando fue concedido su derecho pensional, de manera que el vicio quedó totalmente saneado. (Cd. folio 260)

9.4. Recurso de apelación Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Adujo que si bien se ordenó la devolución del bono pensional no se hizo alusión a los rendimientos que se hayan causado. Además, como quiera que no se dejó anotado en el fallo la absolución de las condenas solicitó que así se dispusiera. (Cd. folio 260)

10. Alegatos parte demandante. En su escrito precisó que la señora Isabel Cristina Pinzón Castro, nació el 31 de Diciembre de 1955 y estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con prestación definida desde el 1 de Marzo de 1979 hasta Julio de 1999, por lo que al 1 de Abril de 1994 contaba con 38 años cumplidos y más de 750 semanas cotizadas a 31 de Julio del 2005, razón por la cual resulta incontestable que la normativa a aplicarse en su caso es la contemplada en el Acto Legislativo 1 de 2005 por tener la demandante una expectativa consolidada y un derecho adquirido en relación con la prestación de vejez en el Régimen de Prima Media, por lo que prorrogaba el plazo de vigencia del mismo hasta el año 2014 para cumplir la totalidad de los requisitos.

Refirió que la demandante al 1 de enero del 2011 cumplía ya con la edad requerida de los 55 años y a 31 de Diciembre de 2014 contaba con 59 años cumplidos, es decir que su derecho adquirido y consolidado en la edad y aporte pensionales, en nada se compadece con el reconocimiento que de la pensión le hicieren en su oportunidad Old Mutual Pensiones y Cesantías, ya que no solamente es inferior en lo económico sino que su reconocimiento pensional se realizó muy avanzado los términos legales para el beneficio solicitado.

11. Alegatos Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Indicó que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con mi representada es eficaz. Refirió que las declaraciones de ineficacia y/o nulidad de los traslados de régimen pensional, se acuda a normas del sistema general de pensiones, sin consideración a que esta norma propia indica que, será ineficaz un traslado, cuando se ejecutan las conductas con la intención que allí se mencionan, y para establecer los efectos de esta ineficacia, se acude a disposiciones del Código Civil, también sin tener en cuenta los presupuestos que este compendio normativo consagra para que se declare la nulidad de un acto o contrato.

Agregó que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el parágrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es que la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento fue tachado ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

Último que como quiera que se descarta la existencia de un presupuesto para declarar la nulidad absoluta del acto jurídico, como quiera que no contiene objeto o causa ilícita, tampoco el consentimiento de la parte actora estuvo viciado por error, fuerza o dolo, ni suscribió el formulario como incapaz absoluto, de presentarse alguna irregularidad distinta, la misma estaría saneada conforme lo indican los artículos 1742 y 1743 del

citado código, esto es, por la ratificación tácita de la parte demandante, al permitir durante todo el tiempo de permanencia en el régimen privado, el descuento del aporte con destino al régimen privado.

12. Alegatos Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En sus alegaciones indicó que no existe fundamento jurídico alguno para atender favorablemente las pretensiones del demandante en lo que se refiere al retorno de la demandante al RPM, razón por la que el fallo proferido por el a quo debe ser revocado por esta Sala. Lo anterior, por cuanto a que no tiene derecho a recibir alguna prestación del RAIS, dado que, como consecuencia del reconocimiento de la pensión de invalidez otorgada por el ISS en el año de 1983, éste se encuentra excluido del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al cual pertenece la Afp Porvenir. Lo anterior, de conformidad con lo establecido en el Literal a) del Artículo 61 de la ley 100/93 (mandato legal).

13. Alegatos Old Mutual Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. Arguyó que se está frente a un caso de un pensionado, en el cual se debe tener de presente que las calidades de afiliado y pensionado ya han sido deslindadas por la Corte Constitucional, precisamente en un fallo con un claro enfoque consecuencialista. Al examinar la exequibilidad del artículo 107 de la Ley 100 de 1993, que limitaba la posibilidad de los pensionados de trasladarse entre administradoras. Indicó que el demandante se encuentra disfrutando de una mesada pensional, por cuanto de manera libre voluntaria, se presentó ante Old Mutual S.A. y solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, de la cual viene disfrutando el demandante. Por lo cual no se puede pretender dejar sin efecto un acto jurídico como un reconocimiento pensional el cual es irrenunciable, lo cual no puede desconocer que el legislador, en desarrollo del mandato superior del artículo 48, y en concordancia con el artículo 45 de la Carta Política, se garantiza un derecho a la Seguridad social integral a los pensionados a través de un sistema orientado a la protección contra las contingencias derivadas de vejez, invalidez y la muerte, mediante los regímenes de prima media o de ahorro individual, de acuerdo con la libre escogencia de régimen que realice el pensionado durante su etapa de afiliación y cotizante en el sistema general de pensiones.

14. Alegatos Colpensiones. Manifestó en su escrito que al momento de la solicitud del retorno al RPM, la demandante contaba con 62 años pues nació el 31 de diciembre del año 1955, encontrándose en una prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Refirió que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo). Que en todo caso el error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y Porvenir y Skandia por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Colpensiones, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. y Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad expuestos por las recurrentes y se estudiará en consulta únicamente en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado, en

tanto que contra del Ministerio de Hacienda y Crédito Público no se dispusieron condenas.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos principales**: (i) ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado por la accionante, no obstante de habersele reconocido pensión por el fondo de pensiones Old Mutual, bajo la modalidad de retiro programado? Como **problemas jurídicos secundarios** los siguientes: (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen? (iii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iv) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; ¿La pensión de vejez reconocida a la aquí actora, impide declarar a esta Corporación la ineficacia del traslado realizado entre regímenes pensionales?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado -

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibidem, por tanto, resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora Isabel Cristina Pinzón Castro cotizó al ISS entre el 28 de mayo de 1984 al 31 de agosto de 1999, conforme aparece en la liquidación del bono pensional ^(fols. 130 a 133); que el 01 de octubre de 1999, firmó el formulario de afiliación a la AFP Porvenir ^(fol. 12); y el 16 de febrero de 2007 se afilió a Skandia hoy Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. ^{c.}, sociedad que administró los aportes a pensión y quien concedió pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado a la demandante a partir del 1 de septiembre de 2017, con una mesada pensional en cuantía inicial de \$2.962.000. ^(fol. 155)

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma recae en la AFP y no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer

lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quienes en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que la afiliada al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar a la afiliada en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de las AFP como acertadamente lo encontró la falladora de primera instancia y que si bien las entidades recurrentes exponen que la demandante aseguró en su interrogatorio que conocía de las condiciones y características del régimen en tanto que para el reconocimiento pensional solicitó su estudio y, por tanto, conoció de su mesada pensional, ello de por sí solo no acredita el deber de información que le correspondía, dado que este se debió efectuar al momento de la afiliación y no con posterioridad, máxime que para aquella data de su reconocimiento, esto es, 1 de septiembre de 2017 (folio 155), la actora no le quedaba más camino que aceptarla ante la imposibilidad de regresar al Régimen de Prima Media, pues ya había superado el límite que dispuso el artículo 13, literal e) de la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, queda en evidencia la inexistencia de prueba alguna dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora **ISABEL CRISTINA PINZÓN CASTRO**, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo

y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Formulario de afiliación

Es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "*Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993*" en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

Señaló además la Corte en la sentencia SL 2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Por tanto, la AFP Porvenir sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, lo cual no se constató en el presente caso.

Saneamiento de la ineficacia ante el traslado entre diferentes AFP dentro del RAIS

En relación con el problema jurídico que busca establecer si existe saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información cuando se produce el traslado del afiliado entre diferentes AFP del RAIS, debe señalarse, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, que el hecho de que la demandante se hubiese trasladado a diferentes AFP, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la **oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado**, no con posterioridad, pues como se vio, la afiliada requiere para tomar decisiones 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 pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Pensión de vejez reconocida a la actora e ineficacia del traslado

Ahora bien, no admitiendo discusión que la demandante se encuentra recibiendo pensión por parte del fondo de pensiones privado antes citado, forzoso es concluir que la controversia debe definirse con la jurisprudencia actual de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, misma que a partir de la sentencia SL373-2021 del 10 de febrero de 2021, abordó el tema referente al pensionado que busca que se declare la ineficacia de su afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad bajo la erigida de la falta del deber de información.

Consideró entonces la Corte en la citada sentencia, indicando que esa exigencia, entiéndase, el deber de información como referente para declarar o no la ineficacia de la vinculación, analizada en contexto era una exigencia que se puede predicar únicamente de los afiliados no pensionados, más no al ya pensionado, en tanto, que *“si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)¹, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso.”* En tal virtud, concluyó la Corte que en los casos en que existe una situación jurídica consolidada no es posible volver las cosas a su estado anterior, en la medida que la calidad de pensionado no se puede borrar *“porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto”*.

Por consiguiente, señala la alta Corte que, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información(culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

En los supuestos expuestos por la corporación de cierre en materia ordinaria, se ubica sin duda alguna la demandante, pues aun cuando quedó demostrada la inexistencia de elemento de persuasión que conduzca a dar por satisfecho el deber de suministrar información objetiva, necesaria y transparente, al no incorporarse por las demandadas ningún elemento que condujera a la certeza del cumplimiento del deber de información, lo cierto es que, no se puede echar de menos la hermenéutica que se trajo a colación, misma que impide a la Sala acceder a las pretensiones peticionadas por la promotora del juicio, debiéndose revocar la sentencia primigenia.

En este punto, vale la pena aclarar que si bien esta Sala de conocimiento mantenía su postura al declarar la ineficacia del traslado aun en la medida en que los afiliados se encontrarán pensionados por el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, siempre y cuando no se probará el cumplimiento del deber de información por parte de los fondos pensionales, lo cierto es que la providencia citada, emitida por la Sala Laboral de la CSJ, cambia totalmente el panorama frente al reconocimiento actual, en la medida en que interpreta y limita el alcance que se le debe dar al derecho de información de quienes solicitan su declaración; criterio respecto del cual no se aparta esta Corporación, no solo por su carácter vinculante, debido a que dicha autoridad es la llamada a unificar la jurisprudencia nacional de esta jurisdicción especialísima, sino además por cuanto responde a un problema jurídico que no había sido tratado en su jurisprudencia que, analizada en términos de fuerza vinculante, no discrepa esta Sala.

1 “SL1688-2019, SL3464-2019”

Bajo este entendimiento, como magistrada ponente **recojo cualquier criterio contrario** que en otrora hubiere adoptado y que, en todo caso, fue anterior a que se profiriera la sentencia SL373-2021.

De lo expuesto se sigue que, como la señora Isabel Cristina Pinzón Castro viene disfrutando de pensión de vejez desde el 1 de septiembre de 2017, misma que le fue reconocida por Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., según se colige del certificado adosado a folio 155 del informativo, resulta inoperante la pretendida declaratoria de ineficacia del traslado al tener consolidado su derecho pensional, imponiéndose la revocatoria de la decisión.

Sin costas en la alzada, las de primera instancia lo serán a cargo de la parte demandante.

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

RESUELVE

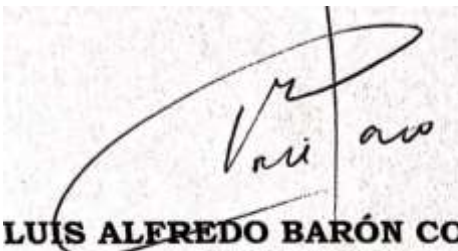
PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada para en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas por **ISABEL CRISTINA PINZÓN CASTRO**, con arreglo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, las de primera instancia a cargo de la parte demandante.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado


LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria y estado de emergencia
Res. 380 y 885/20 Min. Salud y Protección Social y D. 417/20-*