



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

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA
Magistrado Sustanciador**

Radicación No. 38-2020-00200-01

Bogotá D.C., octubre 31 de dos mil veintidós (2022)

DEMANDANTE: **BERTHA ESPERANZA ROJAS GUERRERO**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
AFP PROTECCION S.A. / AFP PORVENIR SA
ASUNTO: **RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación de la demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá el día 7 de marzo de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Las demandadas Colpensiones y Porvenir SA, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 19 de abril de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

ANTECEDENTES

La señora **BERTHA ESPERANZA ROJAS GUERRERO** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, la AFP PROTECCION, y la AFP PORVENIR como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

1. Que se declare que Colmena por fusión con Santander hoy Protección SA omitió en deber de información en la afiliación de la actora el 1 de agosto de 1998 cuando se afilio al RAIS, y por tanto dicha afiliación es ineficaz, se declare que es beneficiaria del régimen de transición, y que tiene derecho a la pensión de vejez conforme a acuerdo 049 de 1990.
2. Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez conforme lo establece el régimen anterior acuerdo 049 de 1990.
3. Que se condene ultra y extra petita, y a las demandadas en las costas y agencias en derecho.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de mayo 6 de 2021, fue notificada a las demandadas quienes contestaron las demandas en tiempo, como consta en auto de octubre 27 de 2021; se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 38 Laboral del circuito de Bogotá** en sentencia del 7 de marzo de 2022 ABSOLVIO a las demandadas e impuso costas a la demandante **BERTHA ESPERANZA ROJAS GUERRERO**, y **CONCEDIÓ** el recurso de apelación por ella interpuesto.

RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia, sustentándolo así:

- Solicita revocar la sentencia y acceder a las pretensiones.
- El fallo no se ajusta a la realidad fáctica, pues no se estudió la ineficacia conforme a la jurisprudencia vigente.

- Fue el AFP Colmena el que afilio a la demandante al RAIS en el año 1998, y no se le informaron las desventajas de perder el régimen de transición.
- Contrario a lo argumentado por el fallo, la demandante se hizo abogada en el año 2001, y para el año 1998 no tenía los conocimientos suficientes para entender las desventajas del cambio de régimen.
- Si trabajo como abogada en AFP Horizonte, pero allí solo le impartieron instrucción sobre las ventajas de afiliarse a ese fondo, pues de ello dependía su salario.
- No es argumento viable que se pone en peligro la estabilidad financiera del sistema público, pues la actora desde el año 2011 se encuentra afiliada a Colpensiones, mediante fallo de tutela.
- Contrario a lo dicho por el a quo, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte, ha establecido que, en los casos de ineficacia, no se debe demostrar el error la fuerza y el dolo, pues esto solo se debe demostrar para el caso de las nulidades.
- No se puede argumentar, como lo hace el fallo que por estar reconocida la pensión en el RPM no se puede declarar la ineficacia, porque esta prohibición se da cuando al afiliado se le ha reconocido la pensión, pero en el RAIS.

No existiendo irregularidad que invalide lo actuado, procede la sala a decidir, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLMENA S.A. hoy PROTECCION SA, efectuado por **BERTHA ESPERANZA ROJAS GUERRERO** el día 1 de agosto de 1998; o si el hecho de haber solicitado la pensión de vejez a Colpensiones, siendo reconocida, pero sin estar disfrutando de ella impide la declaratoria de ineficacia del traslado **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho al régimen de transición, y a que Colpensiones le reconozca la pensión de vejez con dicho régimen.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP COLMENA SA, hoy PROTECCION S.A. el 1 de agosto de 1998, luego efectuó traslados horizontales en octubre 29 de 1999 a Porvenir, en mayo 10 de 2002 a Horizonte, y mediante tutela en abril 27 de 2011 a Colpensiones (f.99 contestación Porvenir) .

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

1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

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

2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852

de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

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

brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda **COLPENSIONES** aportó: Expediente administrativo; **AFP PROTECCION** aportó: movimiento de cuenta de ahorro individual, SIAFP, formulario de afiliación a Colmena de agosto 1 de 1998, validación de historia laboral, relación de bono pensional, respuesta a petición, concepto de la Superfinanciera de 2015, políticas para asesorar y vincular personas naturales, comunicado de prensa; **AFP PORVENIR SA** aportó: certificado de egresado, formulario de afiliación 1998, formulario de afiliación a horizonte 2002, historia laboral, relación histórica de

movimientos, relación de aportes, SIAFP, publicación del Tiempo 2004, concepto de la Superfinanciera 2020.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 1 de agosto de 1998, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

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

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen, e igualmente que solicito la pensión en 2019 a Colpensiones donde trabaja aun, pero al darse cuenta se la reconocieron sin tener en cuenta la edad (55 años), y tasa de reemplazo más alta, que por ser del régimen de transición le favorecía, la apelo, pero simplemente le negaron el recurso, y por eso inicia el presente proceso.

Claramente para el momento del traslado 1 de agosto de 1998, la demandante tenía mas de 150 semanas (expediente administrativo.), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93 original, tenía en el año 1994, 36 años (nació el 2 de junio de 1958, f.81contestacion Porvenir) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo(mediante fallo de tutela de febrero 1 de 2011 volvió al RPM, Fs.92 a 100 Dda.), podría pensionarse en el RPM el 2 de junio año 2013 al llegar a los 55 años de

edad, y tener mas de mil semanas (precisando que para el año 2019, fecha de expedición del reconocimiento pensional por Colpensiones, la demandante había cotizado más de 1865 semanas, en cambio en el RAIS(si hubiese continuado afiliada) tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

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

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

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

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

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al primer traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP COLMENA S.A., el 1 de agosto de 1998, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que PROTECCION S.A. no logró acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

*“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, **los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.**”*

Ahora bien, en relación a que sobre la demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)”

Respecto a lo decidido por el a quo, que con las pruebas obrantes en el proceso se prueba que sí conocía las características de los regímenes pensionales, por haberse graduado como abogada en 2001 y haber trabajado con un AFP y estar

trabajando en la actualidad en Colpensiones como abogada, que por haber hecho la solicitud pensional a Colpensiones, y haberse emitido resolución de reconocimiento pensional, se puede establecer que convalidó su consentimiento de haberse afiliado al RAIS, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto pero no como lo interpretó el juzgador de instancia, en varias decisiones a saber:

Sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021:(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.

En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)

Sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)

(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones

necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.

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

De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.

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

Sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:“(…) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos**, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)*

No obstante, y contrario a lo decidido por el operador judicial de primera instancia, no debe dejarse de lado que nuestro órgano de cierre tiene establecido que el status de pensionado que adquieren los afiliados al RAIS, obedece, como bien se ha expuesto en sentencias como las CSJ SL373 de 2021, SL105 de 2022 y SL463 de 2022, a una situación jurídica ya consolidada, a un hecho consumado del cual, si de los efectos de la ineficacia o nulidad se trataran, no es dable revertir, pues ello devendría en la afectación de derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de tercero de buena fe.

Dicho criterio fue dispuesto recientemente por nuestro órgano de cierre en sentencia SL105 de 2022 (Rad.81402) respecto a casos en que el demandante pretende la ineficacia del traslado cuando se encuentra disfrutando de su pensión en el RAIS, situaciones fácticas totalmente distintas a las que aquí nos ocupan:

“En sentencia CSJ SL373-2021, la Corte estudió un caso de contornos similares al presente, donde se planteó como uno de los problemas jurídicos determinar si bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, podía la persona regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida estando pensionada en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En el referido fallo se dijo:

Para la Corte la respuesta es negativa, puesto 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), 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. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, 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.

También, en la sentencia CSJ SL3707-2021 esta Corporación dejó asentado:

*Así, no andaba desencaminado el sentenciador cuando adujo las consecuencias financieras al sistema que podría acarreararse con la declaratoria de ineficacia del traslado, no porque eventualmente fuere masiva, sino porque, **para el caso concreto, ya había efectos económicos que no resultaban reversibles y obrar de manera distinta implicaría afectar a terceros de buena fe**, en este evento en particular, por ejemplo, a la aseguradora con quien se celebró el contrato de renta vitalicia.*

Y es que el efecto de la declaratoria de ineficacia, a falta de disposición específica que regule el tema, según lo ha sostenido la Corte, por regla general, no es otro que el señalado en el artículo 1746 del Código Civil, es decir, dar a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato (CSJ SL2877-2020), lo cual, por las razones arriba explicadas, en estos casos, cuando el reclamante tiene la calidad de pensionado y ha percibido las mesadas contratadas, v. gr. en este evento específico hace ya aproximadamente doce (12) años, esto no es posible (...).

(...) En todo caso, es importante aclarar que la citada providencia CSJ SL373-2021, dejó a salvo el derecho del pensionado de demandar la indemnización total de perjuicios de la administradora si lo considera pertinente...”

Es claro que la demandante cuando se trasladó de régimen en 1998 no tenía los conocimientos jurídicos que el a quo enuncio tenía, por haber trabajado desde el 2001 en fondos privados y en Colpensiones, pues claramente para el año 1998 trabaja para el banco cafetero, sin que haya prueba que tuviera formación como abogada dado que las pruebas indican que solo lo fue en el año 2001; además nunca fue objeto de reconocimiento de la pensión de vejez en el RAIS, lo cual si haría inviable la declaratoria de ineficacia. Pero en casos como el presente nuestro tribunal de cierre con claridad meridiana ha determinado que, si es viable la declaratoria de ineficacia del traslado, aun cuando el actor este disfrutando de la pensión de vejez otorgada por Colpensiones, para lo cual, solo basta citar la sentencia SL2929 Rad,89010 de mayo 18 de 2022, que en lo pertinente expuso:

“Ahora, la jurisprudencia de la Corporación solo en el caso de los pensionados del RAIS ha defendido el criterio que no es posible darle efectos prácticos a la declaratoria de ineficacia-vuelta al statu quo ante-, teniendo en cuenta que la calidad de pensionado en este régimen pensional da lugar a una situación jurídica consolidada o un hecho consumado que no se puede revertir sin afectar “a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones, e intereses de terceros y del sistema en su conjunto”(CSJ SL373-2021).

Sin embargo, esta regla no puede extenderse a los pensionados del RPMPD, pues estos se encuentran en una situación completamente distinta, a punto que el restablecimiento de sus derechos no apareja las complejidades y tensiones propias de los pensionados del RAIS.”

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, simplemente tendrá que ajustar la tasa de reemplazo conforme al régimen de transición, el cual le es aplicable a la demandante, como quiera que esta se encuentra afiliada nuevamente a Colpensiones desde el año 2011, por orden de tutela, que entre otras cosas en la parte considerativa de la misma aclaraba que sus derechos pensionales se mantenían.

Ahora, en lo que respecta al tema de devolver los gastos de administración a COLPENSIONES, basta traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

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

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora.*** (Negrita fuera de texto)

En este orden de ideas, se **DECLARARÁ LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la señora BERTHA ROJAS del régimen de prima media al RAIS por intermedio de la AFP PROTECCION S.A., el 1 de agosto de 1998, y en consecuencia tanto PROTECCION S.A. como PORVENIR S.A. deberán trasladar al Régimen de Prima Media, con cargos a sus propios recursos, todos los gastos de administración, comisiones y seguros previsionales, ya que se entiende que por virtud del fallo de tutela que ordenó el retorno al RPM, ya los aportes y los rendimientos fueron trasladados a COLPENSIONES.

RELIQUIDACION PENSIONAL

Cabe precisar que no existe discusión, que COLPENSIONES a través de la Resolución n.º SUB 156971 del 18 de junio de 2019, le reconoció pensión de vejez

a la demandante, en cuantía de \$3.113.881, a partir del retiro del servicio y con fundamento en la Ley 797 de 2003. Sin embargo, la actora alega que en virtud de la ineficacia del traslado efectuado al RAIS, es beneficiaria del régimen de transición y como consecuencia de ello, su derecho pensional debe ser reconocido con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990.

Así las cosas, como quiera que los efectos que produce la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esta Sala de Decisión, estudiara si la señora BERTHA ESDPERANZA ROJAS GUERRERO, es beneficiaria del régimen de transición y si su régimen anterior es el Acuerdo 049 de 1990.

Luego, se encuentra probado que la actora para el 1º de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 35 años de edad, pues nació el 02 de junio de 1958, según el documento de identificación que obra a folio 30 del plenario, situación que la hace beneficiaria del régimen de transición, por lo que es posible estudiar su situación pensional según el Acuerdo 049 de 1990.

Ahora, el Acto Legislativo 01 de 2005, limitó la vigencia del régimen de transición hasta el 31 de julio de 2010, excepto para los afiliados que gozaran del régimen de transición y contabilizaran por lo menos 750 semanas o su equivalente en tiempo a su entrada en vigencia-*29 de julio de 2005*-, o salvo para quienes causen el derecho pensional antes de la fecha precitada.

En el presente asunto, la accionante cumplió 55 años de edad, el 02 de junio de 2013, por lo que es claro que debía acreditar 750 para el 29 de julio de 2005, a efectos de que el régimen de transición se les extendiera más allá de 2010 y para probar dicho presupuesto, se analizó la historia laboral observándose que cotizó 1198.59 semanas, para la calenda en que entró en vigencia el acto legislativo, por lo que conservó las prerrogativas del régimen de transición, hasta el año 2014.

El referido Acuerdo, consagra como requisitos para acceder a esta prestación, cincuenta y cinco años de edad (55) por tratarse de una mujer y quinientas (500) semanas cotizadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o mil (1000) en cualquier tiempo.

Al analizar el material probatorio, se verifica que la edad de 55 años, la demostró 02 de junio de 2013, al haber nacido el mismo día y mes de 1958, en tanto cotizó en toda su vida laboral 1972.43 -agosto de 1979 y abril de 2021- de las cuales 1000 semanas fueron acreditadas en septiembre de 1999, por lo que de esta forma Colpensiones deberá modificar la resolución SUB 156971 de junio 18 de 2019 mediante la cual reconoció la pensión de vejez, ajustando en lo pertinente, y de acuerdo a lo normado en la ley 100/93 y el acuerdo 049/90 aprobado por el decreto 758 del mismo año, las semanas cotizadas y la tasa de reemplazo.

De igual forma, se debe tener en cuenta que no está probada la novedad de retiro de la demandante, por tanto así se dispondrá por Colpensiones la condición para su disfrute; no obstante, cabe precisarle a esta entidad que, para calcular la cuantía de la primera mesada debe contabilizarse hasta la última semana aportada al sistema, y teniendo en cuenta como IBL, el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó la afiliada en toda la vida laboral o con los ingresos de los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, y tomar el que resulte más benéfico, al que se le deberá aplicar el 90% como tasa de reemplazo, al registrarse más de 1250 semanas (art. 20 del Ac. 049 de 1990).

Se debe tener en cuenta que, como el derecho pensional se causó 2 de julio de 2013, la prestación debe pagarse en 13 mesadas al año, en los términos del inciso 8º y el Parágrafo Transitorio 6º, del Acto Legislativo 01 de 2005.

Bajo las anteriores consideraciones, se REVOCARÁ la sentencia proferida en primera instancia, y se accederá a las pretensiones de la demanda.

COSTAS:

Sin costas en esta instancia. Las de primera a cargo de las demandadas.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 7 de marzo de 2022 por el Juzgado 38 Laboral el Circuito de Bogotá, para en su lugar declarar la INEFICACIA DEL TRASLADO efectuado por BERTHA ESPERANZA ROJAS GUERRERO, del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el día 1 de agosto de 1998 a través del AFP COLMENA SA hoy AFP PROTECCION SA.

SEGUNDO: CONDENAR A PROTECCION S.A. como a **PORVENIR S.A.**, a trasladar a COLPENSIONES con cargo a sus propios recursos, los valores recibidos durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada a cada una de las mencionadas administradoras, correspondientes a los gastos de administración, comisiones, primas de los seguros previsionales, y los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR que BERTHA ESPERANZA ROJAS GUERRERO siempre ha estado afiliada al régimen de prima media con prestación definida, sin solución de continuidad.

CUARTO: DECLARAR que BERTHA ESPERANZA ROJAS GUERRERO es beneficiaria del régimen de transición, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a BERTHA ESPERANZA ROJAS GUERRERO la pensión de vejez, tan pronto demuestre su retiro del servicio, teniendo en cuenta para su reconocimiento el régimen de transición y el Acuerdo 049 de 1990, conforme se expuso en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO. Sin COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de las demandadas y a favor de la demandante.

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



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

Ponente



Aclaro voto

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE



ALEJANDRA MARIA HENAO PALACIO

ACLARACIÓN DE VOTO

Proceso: Ordinario Laboral – Ineficacia de traslado
Demandante: Bertha Esperanza Rojas Guerrero
Demandada: Colpensiones y otras.
Radicación: 11001-31-05-**038-2020-00200-01**

Aunque acojo la decisión de la Sala, al resolver la apelación, resulta necesario aclarar que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, no comparto las consideraciones reiteradas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en asuntos de esta índole, referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, tanto en sede de tutela como en casación, razón por la cual, al analizar específicamente los asuntos sometidos a mi consideración, había adoptado decisiones apartándome razonadamente del criterio de la alta Corporación, en particular del vertido en decisiones cuyas consideraciones en su momento no contaban con mayoría.

Es así que, concentraba el análisis en lo dispuesto en la normatividad vigente en la fecha de suscripción del acto jurídico de traslado, respecto a la validez de los actos jurídicos en general y del traslado de régimen en particular, así como las cargas probatorias, y los matices relevantes de las decisiones adoptadas hasta el año 2019, todo ello en virtud de la autonomía e independencia judicial, conforme a las circunstancias fácticas de cada caso, las afirmaciones y condiciones particulares de las partes, y las pruebas allegadas y practicadas en cada proceso, según lo dispuesto en los art. 60 y 61 del CPTSS.

Empero, con ocasión de las decisiones emitidas por la Sala de Casación Laboral, entre otras, en la providencia CSJ STL3201-2020, en las que no solo se dejaron sin efecto las sentencias proferidas en segunda instancia, sino que se exhortó a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a acatar el precedente, y a cumplir de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente al apartarse del precedente judicial emanado de esa Corporación en los asuntos de ineficacia de traslado de régimen, pese a que en todos ellos efectivamente se había cumplido con esa carga, bajo el mandato contenido en el referido exhorto, que fue varias veces reiterado, acompaño la decisión, acatando en todos los asuntos de esta naturaleza, el criterio del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Finalmente, considero que en este asunto, en el que se Colpensiones ya había reconocido la pensión de vejez a la demandante, a través de la Resolución SUB 156971 del 18 de junio de 2019, y la declaratoria de ineficacia conlleva como consecuencia frente a esa entidad, la reliquidación de la pensión reconocida en aplicación del régimen de transición que remite a lo dispuesto en el A.049 de 1990

aprobado por el Decreto 758 de mismo año, que como se analizó, efectivamente cobijaba a la demandante y debía regir el reconocimiento de su pensión, debía ordenarse la referida reliquidación, sin dejar condicionado el reconocimiento de la prestación con el régimen de transición a la demostración del retiro, pues la fecha de disfrute se estableció desde que se concedió la pensión de vejez mediante la referida resolución, y en ese orden, en mi sentir, era factible proferir condena en concreto.

Hasta acá, el planteamiento de mi aclaración de voto.

LUZ PATRICIA QUINTERO CALLE

Magistrada

Firmado Por:

Luz Patricia Quintero Calle

Magistrada

Sala Laboral

Tribunal Superior De Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **caf66736b386ebfd847bde7a14ee1b1132cb4713ef5c88aab6fae428f412e5ba**

Documento generado en 23/11/2022 12:47:24 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>