

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ROBINSON ALFREDO GARCÍA
CORREA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS –
PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los dieciocho (18) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

AUTO

Se reconoce personería a la abogada **BELCY BAUTISTA FONSECA**, identificada con CC n.º **1.020.748.898** de los Bogotá y TP n.º 205907 del C.S. de la J, como apoderada sustituta de la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. quien representa a Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido, previa comprobación de su calidad de abogada en la página del Registro Nacional de Abogados – SIRNA, de conformidad con el Decreto 806 de 2020.

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

La demandante pretende se declare la «*nulidad*» o en subsidio la «*ineficacia*» del traslado que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en julio de 1995. En consecuencia, solicitó se condene a Porvenir S.A. a restituir los valores

obtenidos en virtud de la vinculación como cotizaciones, bonos pensionales y cuotas de administración a Colpensiones y, a esta última, reactivar la afiliación y recibir las sumas antes indicadas, asimismo, solicitó condenar a Porvenir S.A. al pago de los perjuicios morales ocasionados. Por último, solicitó que se acceda a lo probado *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 30 de noviembre de 1959; que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía 34 años; que cotizó al ISS hasta julio de 1995, fecha en la cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A., posteriormente se trasladó a Horizontes Pensiones y Cesantías S.A el 5 de julio de 1996, y el 3 de junio de 1997.

Manifestó, que al momento del traslado no fue informado por el fondo de pensiones de manera transparente, completa, clara, veraz y oportuna sobre las diferencias entre regímenes, la forma de liquidar las prestaciones económicas, los beneficios, riesgos, desventajas e inconvenientes del régimen; que tampoco le informó sobre el régimen que más le convenía, el capital necesario para adquirir la pensión, que parte del aporte mensual no iría a financiar la pensión, el derecho de retracto.

Sostuvo, que no realizó la proyección pensional, no le informó sobre la tasa de reemplazo, ni las condiciones para pensionarse anticipadamente; que solicitó a Colpensiones y Porvenir S.A. el traslado de régimen el 12 y 13 de marzo de 2019, respectivamente, la primera de las cuales, no se pronunció sobre las peticiones principales y la última rechazó la solicitud.

Finalmente, indicó que el actuar de las entidades le causa un perjuicio, porque por su situación pensional no goza de una expectativa pensional (f.º3 a 24).

II. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la edad que tenía a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, la última fecha de vinculación al ISS, la petición de traslado radicada a su entidad y la respuesta dada. Frente a las demás pretensiones manifestó que no le constaban.

En su defensa, propuso como excepciones de mérito *«descapitalización del sistema pensional, 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 de moratorios ni indemnización moratoria e innominada o genérica» (f.º108 a 121).

PORVENIR S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de traslado de régimen. Negó no haber asesorado a la demandante de forma completa, clara y veraz al momento del traslado sobre ambos regímenes pensionales, el derecho de retracto

Aclaró, que el traslado inicial de régimen y los posteriores traslados horizontales se efectuaron de forma libre, espontánea y sin presiones que se constata con la firma del formulario de afiliación el cual se presume auténtico en los términos del artículo 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 154 del CPTSS; que ambos regímenes pensionales se encuentran regulados en la Ley, sin que sea posible pactar condiciones diferentes, que la accionante se le aplica la restricción de traslado estipulada en el literal e) artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003; que garantizó el derecho de retracto, pues como lo estipulo la normatividad fue publicado en un medio de amplia circulación. Frente a los demás hechos manifestó que no eran ciertos y que no le constaban.

En su defensa, propuso como excepciones de mérito «*prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la excepción genérica*» (f.º 127 a 152).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de octubre de 2021 (f.º176 a 178, CD3), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y con esto a la afiliación realizada a ROBINSON ALFREDO GARCÍA CORREA identificado con la cédula de ciudadanía N°. 91.420.222 del 10 de junio de 1995, con efectos a partir de JULIO DE 1995 por parte de PORVENIR S.A.

SEGUNDO: DECLARAR que ROBINSON ALFREDO GARCÍA CORREA actualmente se encuentra afiliado (a) de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A., realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de ROBINSON ALFREDO GARCÍA CORREA a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, cuotas de administración y bonos pensionales a que haya lugar.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de **ROBINSON ALFREDO GARCÍA CORREA, al **RPMDP** e integrar en su totalidad la historia laboral de la demandante.**

En tal perspectiva, indicó que el problema jurídico consistía en determinar si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. es ineficaz, ante la falta al deber de información al momento del traslado.

Para el efecto, indicó que el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, artículos 271 y 272 del Decreto 663 de 1993, y artículo 12 de la Ley 720 de 1994, establecen los parámetros mínimos que contiene deber de información y en la sentencia de la CSJ radicado 68852 – no menciona el año – estableció que el deber de información implica informar sobre las características de ambos sistemas, las condiciones de acceso a las prestaciones y los efectos de la afiliación en cada uno de los regímenes.

Señaló, que Porvenir S.A. hace referencia a la negligencia del afiliado por no acudir a los medios dispuestos por el fondo para asesorarse, desconociendo que es su deber brindar la información en los términos indicados al momento del traslado, pues dada su naturaleza jurídica – encargos fiduciarios – la obligación va más allá del acto jurídico, pues debe acreditar que ilustró sobre las consecuencias del traslado.

Igualmente, sostuvo que el formulario de afiliación si bien es un elemento de prueba dentro del proceso, que verifica la voluntad del traslado, no puede desprenderse de este que el traslado estuvo mediado de un consentimiento informado y con respecto a los demás medios de probatorios, no se advierte cual fue la información suministrada al demandante, teniendo el fondo de pensiones la carga de la prueba de acreditarlo.

Refirió, que no se planteó una discusión en torno a los perjuicios morales; que no es necesario acreditar dentro del proceso los perjuicios que ocasionó el cambio de régimen, pues se entiende que está implícito dentro de la omisión al deber de información; que manifestar el interés por el monto de la mesada pensional no deslegitima acudir a la jurisdicción; que si bien está de acuerdo con la teoría de los actos de relacionamiento, lo cierto es que, en las afiliaciones horizontales no se advirtió cual fue la información que se le brindó al demandante, por lo que el acto jurídico debe estar acompañado de otros actos que permitan superar la discusión entorno al derecho de información y a pesar de que se comunicó por un medio masivo

la posibilidad de trasladarse de régimen, esta situación no eximia al fondo de pensiones de que el acto fuera comunicado directamente al afiliado.

Por lo anterior, se condenará a Porvenir S.A. al traslado de los aportes, rendimientos y gastos de administración al RPM e indicó que no procede la excepción de prescripción.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. solicitó que sea revocada la sentencia de instancia. En sustento del recurso, expone que no se valoró que el consentimiento informado se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, documento que prueba que el traslado se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones; que siempre le garantizó el derecho de retracto, lo cual se probó con la publicación masiva que realizó el 14 de enero de 2004; que desconoce el principio de autonomía de la voluntad privada; que Porvenir en la fusión de Horizontes Pensiones y Cesantías no recibió ni como activo ni como pasivo los gastos de administración de las cuentas de ahorro, porque esto no hacen parte de la cuenta de ahorro, además configura un enriquecimiento sin causa a favor de la demandada, porque no existe norma que así lo disponga y no esta destinados a financiar la prestación del afiliado .

Refirió que los gastos de administración le pertenecen como contraprestación de la gestión que realizó para incrementar el capital, de ordenarse su devolución se debería ordenar a la demandante restituir los frutos que fueron consignados en su cuenta, como restituciones mutuas.

COLPENSIONES pretende que sea revocada la sentencia de instancia. Como fundamento, indicó que el traslado afecta el principio de sostenibilidad financiera, pues eventualmente, deberá financiar la prestación debido a que los aportes no cubren el monto de la mesada pensional y que los afiliados también tienen obligaciones, pues la información sobre los regímenes pensiones esta dispuesta en la Ley 100 de 1993, y la normatividad subsiguiente que son de público conocimiento.

Finalmente, refiere que los fondos de pensiones cumplieron con los requisitos normativos para la época y que la AFP no podía negarse al traslado de las personas si estas cumplían con los requisitos.

V. CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A. y Colpensiones, así como a conocer en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

En el presente asunto no es materia de discusión que el demandante firmó formulario de vinculación a Porvenir S.A. el **16 de junio de 1995** (f.º74), posteriormente, se trasladó a Horizontes Pensiones y Cesantías S.A formulario de vinculación N°572556 del 05 de julio de 1996 y se evidencia otro formulario de afiliación a Horizontes Pensiones y Cesantías S.A N°97-0019475 del 03 de junio de 1997 (f.º72).

Conforme a los antecedentes, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si es efectivamente existió un traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, como consecuencia de ello, establecer si hay lugar a declarar la ineficacia del mismo.

SELECCIÓN INICIAL DEL RÉGIMEN PENSIONAL

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se creó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones compuesto por dos regímenes *solidarios* y *excluyentes*, el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de conformidad con el artículo 12 *ibidem*, igualmente en el numeral 1º del artículo 13 de la misma Ley se estableció que la afiliación era obligatoria para todos los trabajadores y en el numeral 2º del mismo artículo, indicó que la selección cualquiera de los regímenes existentes es libre y voluntaria.

Por su parte, el literal e) del mismo artículo, modificado por el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, contempló la restricción del traslado de régimen pensional, una vez efectuada la selección inicial, a solo una vez cada cinco (5) años y prohibió el traslado cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad mínima para acceder a la pensión de vejez, el literal en mención reza lo siguiente:

Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

La afiliación al Sistema General de Pensiones se realiza una sola vez en la vida mediante el diligenciamiento del formulario de afiliación por parte del trabajador ante el fondo de pensiones, empleador y actualmente también puede hacerse mediante el sistema de afiliación transaccional (SAT), el artículo 2.2.2.1.9 del Decreto 1833 de 2016 lo dispuso en lo referente lo siguiente:

ARTÍCULO 2.2.2.1.9. Afiliaciones. *El procedimiento previsto por el artículo 2.2.2.1.8. del presente Decreto, respecto de la selección de sociedad administradora de fondos de pensiones, se surte con el diligenciamiento del formulario por parte del afiliado frente al empleador o frente a las administradoras de fondos de pensiones.*

A su vez, el Decreto antes referenciado, que compila las normas del sistema general de pensiones, en el artículo 2.2.2.1.8 dispone la información mínima que debe contener el formulario de afiliación al sistema y en el artículo 2.2.2.1.10, contempla una presunción en caso de que la vinculación no cumpla con los requisitos mínimos establecidos,

ARTÍCULO 2.2.2.1.10. Confirmación de la vinculación. *Cuando la vinculación no cumpla los requisitos mínimos establecidos, las administradoras deberán comunicarlo al solicitante y al respectivo empleador, dentro del mes siguiente a la fecha de solicitud de vinculación.*

Si dentro del mes siguiente a la solicitud de vinculación la respectiva administradora no ha efectuado la comunicación prevista en el inciso anterior, se entenderá que se ha producido dicha vinculación por haberse verificado el cumplimiento de todos los requisitos establecidos para el efecto.

De lo anterior se advierte que, la afiliación al Sistema General de Pensiones es un acto jurídico único que se realiza a través de la suscripción de un formulario de afiliación que reúna las características dispuestas en la normativa, al punto que se establece una presunción a favor de la afiliación en los términos del artículo inmediatamente citado, cuando no cumpla con las características dispuestas.

En este sentido, la Sala de Descongestión de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1806-2022, dijo al respecto:

Ahora bien, el artículo 13 del Decreto 692 de 1994, señala que la afiliación al Sistema General de Pensiones es permanente e independiente del régimen que seleccione el afiliado y dicha vinculación no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios periodos. Al respecto, en la sentencia CSJ SL, 13 may. 2003, rad. 19137, esta Sala indicó:

La precisión del concepto ‘afiliación’ también se encuentra en la teoría de la seguridad social. Tratándose de pensión de jubilación, la afiliación es un acto que se produce una sola vez en la vida del interesado, al ingresar al trabajo, por consiguiente, la afiliación no es repetible, es vitalicia. habrá, como es obvio, situaciones en las que se está trabajando (a esto se denomina ‘alta’, y aquellas en las que no lo está (se denomina ‘baja’). (Subraya la Sala)

Conviene traer a colación la sentencia CSJ SL, 5 oct. 2010, rad. 39772, en donde esta Sala precisó que la primera inscripción al sistema es permanente y, por tanto, vitalicia e irrepetible, de suerte que, para que pueda entenderse la validez de una nueva afiliación, debe efectuarse, dentro de las oportunidades legales dispuestas en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993:

[...] cuando entró a regir el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 con sus dos regímenes de pensiones, el de prima media con prestación definida y el de ahorro programado, no puede decirse que JULIO CÉSAR RESTREPO RIVAS, ya había seleccionado uno de ellos, pues en ese momento no se encontraba activo en el sistema. Sólo es a partir del 7 de noviembre de 1995, cuando se vinculó nuevamente al ISS, en vigencia de la Ley 100 de 1993, que puede decirse, para efectos de lo previsto en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que hizo su “selección inicial”, por lo que solo podía cambiarse de régimen pensional pasados los tres años a que se refiere la norma, esto es, después del 7 de noviembre de 1998 y, como quiera que lo hizo el 31 de enero de 1996, dicha afiliación no cumple con las condiciones y requisitos legales, por lo que no podía producir los efectos previstos en la ley, conforme a lo ya visto.

DEBER DE INFORMACIÓN POR PARTE DE LAS AFP

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada y pacífica jurisprudencia ha considerado que, desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que creó a las administradoras privadas de pensiones, se estableció la obligación de **informar al momento de traslado** en forma clara, precisa y oportuna, las características de los regímenes pensionales, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Lo anterior, debido a que estas entidades cuentan con responsabilidades sociales y profesionales intrínsecas a su labor, que las obligan, desde su misma creación, a acompañar al afiliado y suministrarle información clara, veraz, prudente, comprensible y efectiva sobre las consecuencias de la elección de un determinado régimen pensional, teniendo en cuenta sus condiciones particulares y la historia laboral (CSJ SL 5280-2021).

De modo que, el **acto de traslado** debe ir precedido de una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional cumplimiento que permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

CASO CONCRETO

En este punto es preciso realizar una distinción entre la afiliación inicial al Sistema General en Pensiones y los traslados subsiguientes, pues son dos actos jurídicos

diferentes con efectos y consecuencias disímiles. Esta precisión se hace imperiosa en el caso concreto, pues como bien lo ha señalado en reiterada jurisprudencia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el deber de información y la consecuente declaración de ineficacia ante su incumplimiento, se presenta en los casos de traslados entre regímenes pensionales, no cuando nos encontramos frente a una afiliación inicial.

Si bien existe la obligación de los fondos de pensiones de brindar información completa y comprensible del régimen de pensiones, lo cierto es que, esta obligación se intensifica cuando la persona ya se encuentra afiliada al sistema y lo que pretende es el traslado de régimen, pues los fondos de pensiones en este caso tienen la obligación de brindar información acerca de ambos regímenes pensionales, para que el traslado este mediado por un consentimiento debidamente informado.

Ahora bien, en este preciso escenario – afiliación inicial al sistema – , no es posible aplicar las consecuencias de la figura de la ineficacia de la afiliación ante un presunto incumplimiento del deber de información, pues esta figura conlleva a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban antes de realizarse el traslado y en este caso, aplicar estas consecuencias implicaría dejar sin un piso de protección social al afiliado, pues al no haber estado vinculado en el régimen pensional no podría acceder a ninguna prestación económica dispuesta en el sistema, aunado a que, como lo ha dicho la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL3624-2022 que reiteró lo expuesto en la sentencia SL1806-2022, ni siquiera hay una situación jurídica que modificar pues no hay un acto para invalidar, ya que no se trata de un traslado, sino de la una afiliación inicial.

Claro lo anterior, es importante traer a colación las pruebas que obran dentro del expediente, a saber : i) historia laboral de Porvenir S.A del 22 de marzo de 2019 (f.º59 a 69); ii) Historia laboral de Colpensiones (f.º126CD1); iii) bono Pensional (f.º70 a 71); iv) solicitud de vinculación a Porvenir S.A. del 16 de junio de 1995 (f.º74); v) solicitud de vinculación a Horizontes Pensiones y Cesantías S.A. del 5 de julio de 1997; vi) solicitud de vinculación a Horizontes Pensiones y Cesantías S.A. del 3 de junio de 1997 (f.º71); y vii) Certificado de Colpensiones que señala que estuvo afiliado al RPM y su estado es «*asignado al régimen de ahorro individual con solidaridad – RAIS por Decreto 3995/2008*».

Los anteriores elementos probatorios referenciados, permiten a esta Sala de Decisión dilucidar con claridad que el demandante realizó su afiliación inicial en el RAIS a la AFP Porvenir lo cual ocurrió el **16 de junio de 1995**, cuando se hizo la suscripción del

formulario de afiliación a dicho fondo privado; de igual forma, se observa en la Historia Laboral de Colpensiones, que la fecha de afiliación a esta entidad fue el día **11 de octubre de 1996**, esto es, en un data posterior.

La premisa se refuerza con la historia laboral de Porvenir S.A. del 22 de marzo de 2019, y la historia laboral de Colpensiones donde aparece que estuvo afiliado a Colpensiones en el periodo de diciembre de 1996 hasta el mes enero de 1999 – lapso que no fue continuo – con la novedad que no reportó ninguna cotización durante este periodo de tiempo, argumento que se refuerza con la información suministrada en el bono pensional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues en este documento aparece que la afiliación al RPM fue el **1 de julio de 1995**, y los periodos que aparecen como reportados – 1/12/1996 a 31/12/1996; 01/04/1997 a 31/05/1997; 01/12/1998 a 31/01/1999 – presentaron errores en la historia laboral, por lo que el bono fue liquidado en cero; finalmente del certificado emitido por Colpensiones se desprende que existió una controversia por multivinculación la cual fue resuelta conforme al Decreto 3995 de 2008, en la que referencia que la fecha de vinculación al RAIS fue el **16 de junio de 1995**, además que todos los aportes se siguieron realizando en este régimen de pensiones.

De acuerdo con el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el juez tiene la facultad de apreciar libremente las pruebas allegadas al proceso y darles preferencia a unas sobre otras, sin sujeción a tarifa legal, salvo que la ley lo exija, en esos términos la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL2262-2022, que reiteró entre otras, la providencia CSJ SL, 05 nov. 1998, rad.11111, frente a o expuesto dijo:

El artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral les concede a los falladores de instancia la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos con base en aquellas que los persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso. Todo ello, claro está, sin dejar de lado los principios científicos relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante su desarrollo.

"Pueden, pues, los jueces de las instancias al evaluar las pruebas fundar su decisión en lo que resulte de algunas de ellas en forma prevalente o excluyente de lo que surja de otras, sin que el simple hecho de esa escogencia permita predicar en contra de lo resuelto así la existencia de errores por falta de apreciación probatoria y, menos aún, con la vehemencia necesaria para que esos errores tengan eficacia en el recurso extraordinario de casación como fuente del quebranto indirecto que conduzca a dejar sin efecto la decisión que así estuviera viciada.

"La eficiencia de tales errores en la evaluación probatoria para que lleven a la necesidad jurídica de casar un fallo no depende pues simplemente de que se le haya concedido mayor fuerza de persuasión a unas pruebas con respecto de otras sino de que, aun de las mismas pruebas acogidas por el sentenciador o de otras que no tuvo en cuenta, surja con evidencia incontrastable que la verdad real del proceso es radicalmente distinta de

la que creyó establecer dicho sentenciador, con extravío en su criterio acerca del verdadero e inequívoco contenido de las pruebas que evaluó o dejó de analizar por defectuosa persuasión que sea configurante de lo que la ley llama el error de hecho".

Por lo anterior y atendiendo a que en el presente proceso se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que la afiliación inicial al Sistema de Seguridad Social en Pensiones lo realizó en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el **16 de junio de 1995**, lo que implica que no es dable retrotraer la situación del afiliado al estado en que se hallaba antes de que hiciera aquella elección primigenia, como quiera que no existe una situación jurídica anterior que modificar o podría dejar sin protección social al demandante.

De tal suerte que, si bien a Porvenir S.A. le era exigible el cumplimiento del deber de información, previo a la afiliación del demandante, lo cierto es que no resulta atendible la declaratoria de ineficacia de dicho acto jurídico, pues lo que puede invalidarse o declarar ineficaz es el traslado y no la afiliación inicial al Sistema General de Pensiones, así se dijo por la Sala de Casación laboral de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL1806-2022, en la que sostuvo:

[...] la jurisprudencia ha establecido que lo que puede invalidarse es el acto de traslado entre regímenes, no la selección inicial, y menos cuando no existe acto previo de afiliación al sistema pensional. De esa forma, no puede aceptarse que la violación del deber de informar afecta directamente la validez del acto jurídico de vinculación al sistema, pues no existe, antes de ese acto ninguna expectativa, aún simple, de consolidar un derecho. (Subrayado y negrillas por fuera del texto original)

En la misma providencia, al referirse a la imposibilidad de retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, antes de llevarse a cabo la afiliación inicial al régimen de pensiones, manifestó:

La Sala encuentra acertada la posición del ad quem de negar la ineficacia de la afiliación, pretendida por la señora Ulloa Ulloa, pues ello conllevaría un intento de retrotraer la situación de la afiliada al estado en que se hallaba antes de que hiciera una selección inicial de régimen, cuando, previo a ello, no existía una situación jurídica que modificar, es decir, no hay un acto para invalidar, pues no existe estado previo de registro ante ninguna administradora, porque no había afiliación o vinculación al Sistema General de Pensiones. (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

Así las cosas, si la demandante nunca formó parte del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, como está acreditado y no se discute, eliminar la afiliación al RAIS no puede generar el efecto anhelado por la censura, pues no existe ningún vínculo jurídico previo con administradora pensional alguna, ni siquiera anterior a la existencia del sistema pensional vigente, para obligarla a recibirla como afiliada, así como a recibir sus cotizaciones hechas ante Protección y Porvenir ni reconocer,

eventualmente, las prestaciones propias del sistema (CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019). (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

Conviene precisar que, si lo pretendido era trasladarse del Régimen de Ahorro Individual al de Prima Media con Prestación Definida por resultarle más favorable, debió hacerlo en la oportunidad que brinda el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2 la Ley 797 de 2003, es decir, antes del 21 de marzo de 2009, tal y como lo señaló el ad quem.

En tal sentido, se revocará la decisión de primera instancia, por las razones aquí expuestas, pues se reitera en asuntos como el presente donde lo que se pretende es dejar sin efectos la afiliación inicial al sistema general de pensiones no es viable porque no existe una situación jurídica anterior que se pueda modificar, esto es, no hay acto jurídico previo con Colpensiones que se pueda restablecer.

En consecuencia, se absolverá a las accionadas de las pretensiones de la demanda.

COSTAS

En esta instancia no se condenará en costas, como quiera que prosperaron las pretensiones de la parte demandada y no se configuran los presupuestos del artículo 365 del CGP.

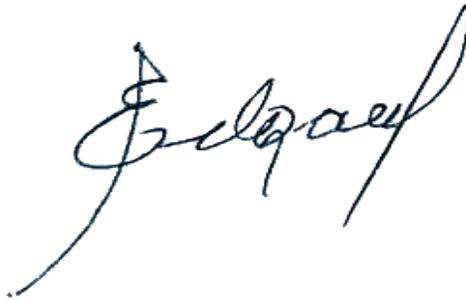
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VI. RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los numerales primero, segundo, tercero y cuarto de sentencia de instancia y en su lugar **ABSOLVER** a las demandadas PORVENIR S.A. y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

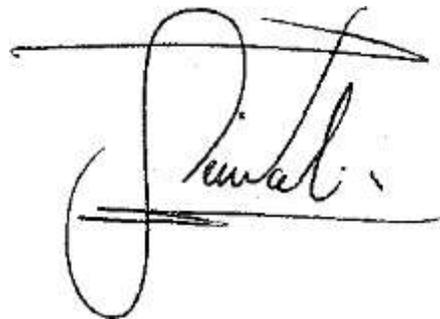
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA MYRIAM MORENO RODRÍGUEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los dieciocho (18) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

AUTO

Se reconoce personería a la abogada **AMANDA LUCÍA ZAMUDIO VELA**, identificada con CC n.º **65.701.747** de Espinal, Tolima y TP n.º 123148 del C.S. de la J, como apoderada sustituta de la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. quien representa a Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido, previa comprobación de su calidad de abogada en la página del Registro Nacional de Abogados – SIRNA, de conformidad con el Decreto 806 de 2020.

Asimismo, se reconoce personería a la abogada **PAULA HUERTAS BORDA**, identificada con CC n.º **1.020.833.703** de Bogotá y TP n.º 369744 del C.S. de la J, como apoderada inscrita en el certificado de existencia y representación legal de la firma GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S. quien representa a Porvenir S.A, en los términos y para los efectos del poder conferido, previa comprobación de su calidad de abogada en la página del Registro Nacional de Abogados – SIRNA, de conformidad con el Decreto 806 de 2020.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

La demandante pretende se declare la «*ineficacia y/o nulidad*» del traslado que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En consecuencia, solicitó se condene a Porvenir S.A. a devolver los aportes actualizados e indexados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Por último, solicitó que se acceda a lo probado *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 28 de febrero de 1966; que fue llamada por la demandante al trabajo para «*induciéndola mediante falsa información y sin explicación al retiro de aquel para trasladarla al régimen de ahorro individual en el fondo privado de ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.*»

Manifestó, que el traslado no estuvo precedido por la información idónea y adecuada sobre las desventajas del RAIS y omitiendo brindar información sobre las ventajas del RPM, por lo que ahora es su voluntad regresar al RPM para obtener una mejor condición y calidad de vida adecuado al estatus salarial y profesional que le permita tener una vejez tranquila (f.º 2 a 8).

II. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, que estuvo afiliada al ISS y la totalidad de semanas cotizadas antes del traslado. Frente a los demás hechos manifestó que no le constaba.

En su defensa, propuso como excepciones de mérito «*descapitalización del sistema pensional, 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 y la innominada o genérica*» (expediente digital, archivo 04).

PORVENIR S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y la totalidad de semanas cotizadas en el ISS antes del traslado; de otra parte, negó haberla inducido con falsa información al traslado u haber omitido información.

Aclaró, que en todos los procesos de vinculación proporciona información clara, veraz y oportuna sobre las condiciones características, requisitos y funcionalidad del RAIS conforme a la normatividad vigente, que la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado nace a partir del inciso 4° del artículo 3° del Decreto 2071 de 2015, por lo que no puede exigírsele obligaciones inexistentes a la fecha de traslado y que en todo caso, toda la información estaba en la Ley 100 de 1993 por lo que la demandante como consumidor financiero debía actuar con mediana diligencia, lo cual suponía obtener información del acto jurídico que realizaba. Frente a los demás hechos manifestó que no eran ciertos o no le constaban.

En su defensa, propuso como excepciones de mérito «*prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe*» (expediente digital, archivo 07).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 23 de abril de 2021 (expediente digital, archivo 06), resolvió:

PRIMERO: - *DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por CLARA INÉS RINCÓN JAIMES CC.51.754.252, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 19 de enero de 1996, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*

SEGUNDO: *ORDENAR a PORVENIR S.A., fondo al que se encontraba afiliada CLARA INÉS RINCON JAIMES CC.51.754.252 a traslada a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – 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 de la actora, conforme quedaron explicados en esta providencia.*

Como fundamento de su decisión, indicó que el problema jurídico consistía en determinar si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad es ineficaz.

Para el efecto, expuso que los artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993, y el artículo 13 de la Ley 720 de 1994, disponen las obligaciones de los fondos de pensiones al momento del traslado, que el deber de información es un instrumento de tutela que implica que el afiliado comprenda el acto jurídico que realiza y su alcance va más allá de indicar las características de los regímenes pensionales, pues también comprende el deber de informar sobre las condiciones de acceso a las prestaciones y los efectos y riesgos que conlleva.

Procedió, a analizar varios ejes temáticos. El primero, relativo a que el deber de información recae sobre los fondos de pensiones y no sobre los afiliados, por lo que no prosperó ninguno de los argumentos expuestos por la parte demandada que intentó endilgar responsabilidad a la demandante. Respecto del segundo, señaló que a pesar de que con el formulario de afiliación se verifica la voluntad de traslado, de este documento no se desprende la información brindada. En el tercero, referente a la carga probatoria, indicó que de la documental allegada al proceso no se advierte el contenido de la asesoría que se le brindó al momento del traslado y en el interrogatorio de parte, no existió confesión en este sentido; que en cuanto a la actualización de datos que realizó la demandante, refirió que de esta no se desprende que le hubieron indicado las consecuencias del traslado y con respecto a la influencia del empleador al momento de la afiliación, sostuvo que, este hecho no lo exime de su deber de información. Por lo anterior, concluyó que no existen medios probatorios que den acrediten el cumplimiento de este deber.

Con respecto al cuarto eje temático, relacionado con la existencia de un régimen de transición, adujo que la demandante no cuenta con esta condición y no es un requisito para que opere la ineficacia del traslado, con respecto a los actos de relacionamiento, señaló que a pesar de estar de acuerdo con esta teoría, estos no sanean un acto que nace ineficaz y que el interés de la demandante en obtener una mejor mesada pensional no deslegitima su pretensión, pues es uno de los elementos que deben brindarse en la asesoría.

Por lo anterior, declaró la ineficacia del traslado y ordenó al fondo privado de pensiones trasladar los aportes, rendimientos y gastos de administración, y frente a la excepción de prescripción esgrimió que esta figura no esta supeditada al este fenómeno.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. solicitó que sea revocada la sentencia de instancia. En sustento del recurso sostiene que se realizó una indebida interpretación de la norma aplicada, pues esta solo dispone el deber de señalar las características del régimen, enfocado a impedir la coacción en la libre escogencia e insistió que la comparación entre regímenes y la proyección pensional son obligaciones y deberes que nacen con posterioridad pues para el momento del traslado solo se exigía el formulario de afiliación.

Asimismo, refirió que Porvenir S.A. tenía la obligación de afiliar a la demandante, como se dispone en el artículo 102 de la Ley 100 de 1993, por tal motivo lo que debe cuestionar es la falta de diligencia de la demandante en informarse de sobre su situación pensional y trasladarse de fondo cuando podía y que la permanencia en el régimen ratificó su deseo de continuar en él.

En cuanto a la condena a devolver los gastos de administración, dijo que es contradictoria pues si lo que se pretende es dejar sin efecto el acto jurídico, la demandante no tendría derecho a los rendimientos financieros; que estos conceptos se dedujeron amparados en la ley y que las sumas de los seguros de invalidez y sobrevivencia fueron trasladadas a la aseguradora por lo que no debe trasladarse al RPM estas sumas de dinero, aunado a que no hay una cobertura retroactiva y no están destinados a financiar la pensión.

COLPENSIONES pretende que sea revocada la sentencia en su integridad. Para el efecto, sostuvo que la decisión de declarar la ineficacia de traslado afecta el principio de sostenibilidad financiera y la prohibición de traslado estipulada en la ley; que la obligación de los afiliados en informarse, más cuando la información se encuentra en normas de público conocimiento, por lo que no puede alegar su desconocimiento para incumplirlas y que los fondos de pensiones no podían negarse al traslado de las personas que cumplían con los requisitos para hacerlo.

Finalmente, sostuvo que no hay una lesión injustificada en los derechos pensionales pues la prestación económica también la puede recibir en el fondo privado y no vulnera los derechos del afiliado el descontento con el monto de la mesada pensional.

V. CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A. y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en lo que esta última no apeló, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

En el presente asunto no es materia de discusión: i) que la demandante realizó aportes al ISS desde el 1° de octubre de 1991, hasta el 31 de marzo del 2000, un total de 354,43 semanas, de acuerdo con la historia laboral actualizada al 10 de octubre de 2019 (expediente digital, archivo 01, pdf 56 a 61) y ii) suscribió formulario de afiliación a Porvenir S.A. el **6 de marzo de 2000** (expediente digital, archivo 07, pdf 25) traslado que se hizo efectivo el **1° de mayo de 2000** (expediente digital, archivo 07, pdf 60).

Conforme a los antecedentes, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información y, si como consecuencia de lo anterior, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados, gastos de administración, rendimientos, primas previsionales y la suma destinada al fondo de garantía de pensión mínima.

DEBER DE INFORMACIÓN

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada y pacífica jurisprudencia ha considerado que, desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que creó a las administradoras privadas de pensiones, se estableció la obligación de informar al momento de traslado en forma clara, precisa y oportuna, las características de los regímenes pensionales, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Lo anterior, debido a que estas entidades cuentan con responsabilidades sociales y profesionales intrínsecas a su labor, que las obligan, desde su misma creación, a acompañar al afiliado y suministrarle información clara, veraz, prudente, comprensible y efectiva sobre las consecuencias de la elección de un determinado régimen pensional, teniendo en cuenta sus condiciones particulares y la historia laboral (CSJ SL 5280-2021).

De modo que, el acto de traslado debe ir precedido de una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional cumplimiento que permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En este sentido, se ha indicado que no hay una manifestación libre y voluntaria cuando el afiliado desconoce la incidencia que tiene el traslado en sus derechos prestacionales, de ahí que, no pueda estimarse satisfecho este requisito con la simple expresión genérica que se plasman en los formularios de afiliación.

Asimismo, no desconoce esta Sala de Decisión que el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y con ello las obligaciones a cargo de las

administradoras de pensiones, de ahí que, del deber de información necesaria (1993-2009) se pasó al de asesoría y buen consejo (2009-2014) y, finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (CSJ SL4062-2021).

CARGA PROBATORIA

Tal como lo ha fijado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quienes tienen la obligación de acreditar el cumplimiento del deber de información son los fondos de pensiones, pues tienen la posición más favorable, ya que la documentación soporte del traslado debe conservarse en sus archivos.

Adicionalmente, al centrarse el debate en que los fondos de pensiones no suministraron la información pertinente, no se le puede exigir al afiliado una prueba sobre esta manifestación, pues corresponde a un supuesto de hecho negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que si cumplió con esta obligación (SL1957-2022).

TRASLADO SIN CONDICIONES ESPECIALES

Es imperioso reiterar que, el deber de información a cargo del fondo de pensiones, para la época del traslado, se circunscribe a suministrar información suficiente y transparente que permitiera al afiliado vincularse al régimen que más le favoreciera, de modo que, es indiferente para esta Sala de Decisión y así lo ha manifestado la Sala de Casación Laboral en su jurisprudencia, que el afiliado deba ser beneficiario del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia como incumplimiento de este deber y menos si el traslado genera algún tipo de perjuicio, pues se itera, *«la violación al deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (SL1452-2019).

CASO CONCRETO

Sea lo primero precisar, que tal como se desprende de los medios de convicción del proceso, la solicitud de vinculación ante el fondo de pensiones Porvenir S.A. se realizó el **6 de marzo de 2000** (expediente digital, archivo 07, pdf 25) traslado que se hizo efectivo el **1° de mayo de 2000** (expediente digital, archivo 07, pdf 60), cuando el deber de

información se encontraba en la primera etapa, según la cual, debe entregar información suficiente y transparente que le permita al afiliado elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajuste a sus intereses.

De ahí que, Porvenir S.A. tenía el deber inexcusable de brindar a la afiliada información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculada, de modo que, no se le está imponiendo obligaciones no previstas en el ordenamiento jurídico como lo expuso el *ad quo*, pues esta obligación viene consignada en el numeral 1. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Por otra parte, a pesar de que se firmó el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso «*voluntad afiliado*», no por este hecho se puede concluir que el acto de traslado estuvo mediando por la voluntad de la demandante, pues, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que este tipo de aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, dado que a lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado (CSJ SL1949-2022 que reitera CSJ SL19447-2017).

Ahora bien, con respecto a los actos de relacionamiento y la permanencia en el régimen a través del tiempo, la Sala de Casación Laboral desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, como consecuencia de la falta de información, el acto jurídico no se torna en eficaz por: i) los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas, ii) porque no se haya expresado inconformidad alguna con el sistema o iii) porque ha permanecido en el mismo (CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022).

Bajo el anterior contexto, a pesar de que los fondos de pensiones tenían la obligación legal de probar el cumplimiento del deber de información, no lograron probarlo, por el contrario, resulta claro para esta Sala de Decisión que las administradoras de pensiones incumplieron con el deber de brindar información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba retirarse del RPM al que se encontraba afiliada. En consecuencia, se debe declarar la **ineficacia del traslado**, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

La declaración de ineficacia trae como consecuencia suponer que el acto jurídico de traslado nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, es decir, con efectos *ex tunc* (desde siempre).

Bajo este horizonte, resulta totalmente válido que se disponga que los fondos de pensiones privados trasladen a Colpensiones, no sólo el dinero existente en la cuenta de ahorro individual que incluye los rendimientos, sino lo correspondiente a los bonos pensionales, las primas de seguros previsionales, lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las comisiones y los gastos de administración, conceptos que debe ir debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, así lo ha respaldado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1467-2021 adoctrinó:

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

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

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

Cabe agregar que, vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones, las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022) entre muchas otras; como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe a la afiliada.

Por lo anterior, se hace necesario modificar el numeral SEGUNDO para adicionar la devolución de los bonos pensionales si los hubiere, las comisiones, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia por el tiempo que estuvo vinculada en el fondo de pensiones, rubros que deben ir debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, pues como lo dispone la sentencia estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos se financiará las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, la devolución de **manera íntegra** a Colpensiones de todos los dineros aportados por el afiliado al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propuso las demandadas, esta Sala de Decisión ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

VI. COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

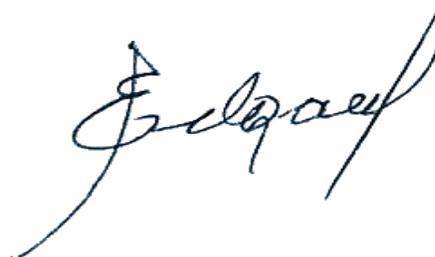
VII. RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral SEGUNDO de la sentencia de instancia, en el sentido de **CONDENAR** a PROVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones además de lo ya indicado en este numeral, lo correspondiente a los bonos pensionales si los hubiere, las comisiones, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, además de que, al momento de cumplirse la orden dispuesta en este numeral, esta entidad deberá discriminar todos los conceptos ordenados a trasladar con sus respectivos valores, el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO. CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A.

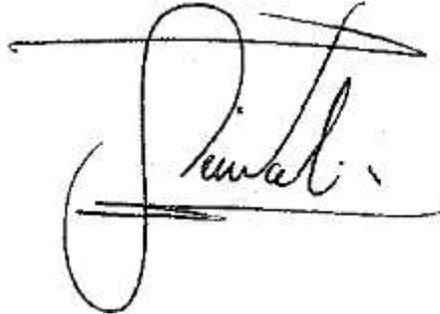
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



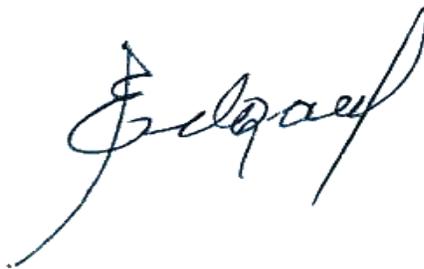
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fija como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A., la suma de \$1.000.000 cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

PROCESO SUMARIO INSTAURADO POR HAYDEE CAMACHO DE GÚZMAN como agente oficiosa de SANTIAGO SÁNCHEZ GUZMÁN contra FAMISANAR EPS

En Bogotá D. C., a los dieciocho (18) días del mes de noviembre del año 2022, el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros de la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide el Tribunal el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte accionante, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 26 de julio de 2022 (*Exp. Digital*).

ANTECEDENTES

La señora **HAYDEE CAMACHO DE GUZMÁN** acude a la presente acción a efectos que se ordene a la EPS FAMISANAR autorizar y garantizar de manera real y efectiva los tratamientos por genética, neurología, urología, otorrinolaringología y gastroenterología en la IPS Cardio Infantil y/o Instituto Roosevelt y vincular a la institución tratante, a fin de evitar que por trámites de tipo administrativo o burocráticos suspendan los servicios; que se ordene a FAMISANAR EPS autorizar y garantizar el servicio de odontología que se le brinda a su nieto en el instituto Roosevelt.

Fundamentó sus pretensiones, señalando que desde el mes de septiembre de 2021, ha solicitado a la EPS FAMISANAR las autorizaciones para acceder al agendamiento de citas de control en el Instituto Roosevelt o Cardio Infantil para tratamiento de genética, neurología y otorrinolaringología; indicó, que en la clínica Cardio Infantil es donde ha sido atendido su nieto por neuro ortopedia, fisiatría y terapias integrales, siendo el centro médico donde le diagnosticaron la parálisis que padece.

Arguyó, que la EPS accionada le ha negado los tratamientos en dichos centros médicos, señalándole que deben ser atendidos en Colsubsidio, decisión frente a la cual no se encuentra de acuerdo teniendo en cuenta que su nieto tiene tratamientos y exámenes iniciados por las IPS Roosevelt o Cardio Infantil. Adicionalmente, Colsubsidio no resulta ser idóneo para continuar con los tratamientos medios que requiere su nieto ya que con anterioridad fue atendido por dicha institución, sin que se le permitiera un resultado alentador para su salud, por lo que considera que tiene derecho a escoger la IPS tratante que le brinde los servicios de salud a su nieto de manera eficaz, oportuna y de calidad.

Añadió, que el día 6 de abril de 2022, radicó solicitud de autorización para acceder al agendamiento de cita de control de odontología en el Instituto Roosevelt donde recibe esa atención de manera eficiente desde hace 8 años y requiere continuidad por su enfermedad base (parálisis cerebral), siendo negado el servicio por el EPS accionada, siendo remitido a Colsubsidio; por lo que el tratamiento se encuentra suspendido.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

FAMISANAR EPS contestó señalando que, una vez consultada la información contenida en la base de datos, era preciso realizar las siguientes precisiones:

En lo referente a los servicios de GENÉTICA, NEUROLOGÍA, UROLOGÍA, OTORRINOLARINGOLOGÍA, GASTROENTEROLOGÍA Y ODONTOLOGIA, se observa que, de estos servicios el único que cuenta con un direccionamiento

especifico es una Institución Prestadora de Servicios de Salud es el servicio de genética, el cual debe ser direccionado obligatoriamente a HOMI, lo anterior conforme a orden proferida por un Juez de la república mediante sentencia de tutela. Frente a este servicio, se informa que el mismo se encuentra autorizado y se ha prestado efectivamente en favor del paciente.

Respecto a los servicios de UROLOGÍA, OTORRINOLARINGOLOGÍA Y GASTROENTEROLOGÍA, es pertinente indicar que estos se encuentran cubiertos por el contrato con modalidad de pago por capitación suscrito con la IPS primaria del usuario, el cual corresponde a la IPS COLSUBSIDIO, por lo que, para la prestación de los mismos no se requiere generar la autorización del servicio y se puede acudir directamente con el prestador para realizar la programación conforme a la disponibilidad de tiempo del paciente.

Frente a la especialidad de NEUROLOGÍA, este se venía prestando con el servicio pediátrico en HOMI, no obstante, una vez el paciente paso a ser un adulto, el direccionamiento del servicio se cambió para la prestación efectiva en la IPS LA CARDIO. Se aclara que, el servicio cuenta con ultima autorización bajo orden medica del 18 de abril del 2022, tal como se observa en el historial de autorizaciones adjunto.

Adicionalmente, se informa que la demandante solicita la autorización de los servicios capitados (UROLOGÍA, OTORRINOLARINGOLOGÍA Y GASTROENTEROLOGÍA) en Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud de 3° y 4° nivel sin contar con ningún tipo de fundamento ni concepto de necesidad por este nivel de complejidad expedido por parte de los profesionales de la salud que tratan al paciente en los que se determine que el paciente se debe remitir a este tipo de prestadores, por lo anterior, se ha agendado y notificado la prestación de servicios requeridos con la IPS primaria y la demandante se niega a recibirlos.

Frente a este punto, es de aclarar que la IPS COLSUBSIDIO, prestador al cual se remite al paciente, hace parte de la red de prestadores activos adscritos a EPS FAMISANAR, y está totalmente habilitada y autorizada por parte del Ministerio de Salud y Protección Social para la prestación de servicios y a su vez cuentan con los profesionales idóneos altamente calificados, respaldados con la infraestructura y equipo tecnológico necesarios para garantizar la atención del servicio de salud, sin embargo, la demandante de forma caprichosa y sin ningún tipo de justificación, no acude a las citas programadas, dejando así al paciente sin atención por parte de las especialidades requeridas de acuerdo con su estado de salud.

A la fecha se evidencia que en el mes de abril y según orden medica se autorizaron los servicios de valoración por neurología, y genética, los cuales fueron direccionadas a las IPS LA CARDIO, y HOMI respectivamente. Así mismos, se evidencia que, a la fecha el paciente no cuenta con citas pendientes para gestionar.

En respuesta al requerimiento realizado por su despacho, se informa que, tal como se ha venido manifestando, EPS FAMISANAR ha realizado todas las gestiones administrativas tendientes a garantizar servicio de valoraciones de Genética, Neurología, Urología, Otorrinolaringología y gastroenterología, ordenadas al paciente por su médico tratante, pues se generan todas las autorizaciones de servicios requeridas conforme al ordenamiento médico del paciente, se brinda el direccionamiento teniendo en cuenta los niveles de complejidad de los servicios y las ordenes proferidas por los jueces dentro de las múltiples tutelas presentadas en favor del usuario y se solicita a los prestadores programación de servicios en favor del usuario, así mismo, se realiza un seguimiento constante del caso para garantizar las atenciones de forma efectiva.

Conforme a lo anterior, se observa que, de acuerdo con lo indicado anteriormente, los servicios de GENÉTICA, NEUROLOGÍA, UROLOGÍA, OTORRINOLARINGOLOGÍA, GASTROENTEROLOGÍA Y ODONTOLOGIA en favor del paciente SANTIAGO SÁNCHEZ GUZMÁN, están siendo autorizados, direccionados y prestados conforme a las condiciones especificadas y ordenadas por el médico tratante.

Adicional a lo anterior, se informa que el usuario actualmente cuenta con (10) tutelas radicadas y setenta (70) requerimientos jurídicos, por diferentes servicios; por lo que se realiza un control y seguimiento semanal con el fin de validar pendientes. Conforme lo anterior, se evidencia que la demandante ya ha acudido al sistema judicial por medio del mecanismo de tutela en varias oportunidades, una vez validada la información dentro de los procesos iniciados, se destaca lo siguiente:

- Uno de estos procesos fue conocido por el Juzgado 52 Civil Municipal de Bogotá D.C. bajo el radicado 2008-0704, el cual, mediante fallo de tutela, resolvió conceder el tratamiento integral en favor del paciente.
- De igual forma, el juzgado 13 Penal Municipal con Función de Conocimiento mediante sentencia de tutela con radicado No. 2019-0018 se pronunció frente a hechos y pretensiones similares a las del presente proceso, concediendo tratamiento integral en favor del usuario.
- Así mismo, se observa que la demandante interpuso acción de tutela con radicado No. 2021-0126, por los mismos servicios que pretende en el presente proceso jurisdiccional, ante lo cual, el Juzgado 4° Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Bogotá se pronunció mediante sentencia en la que se declaró que se presentaba una carencia del objeto por hecho superado.
- También se observa que la usuaria mediante tutela con radicado No. 2021- 0229 solicitó el direccionamiento de algunos de los mismos servicios que solicita en el presente proceso a las mismas IPS, ante lo cual, el Juzgado 5° Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Bogotá emitió sentencia en la cual NO concedió el direccionamiento solicitado y decide no pronunciarse frente a las demás solicitudes de la accionante teniendo en cuenta que ya habían sido materia de debate en el fallo proferido por el juzgado 52 Civil Municipal de Bogotá D.C.
- Se observa acción de tutela con radicado No. 2017-0154 en el que a través del fallo proferido, el Juzgado 40 Penal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C., después de examinar las acciones de tutela interpuestas por la aquí demandante, concluye que se reúnen los presupuestos para declarar la temeridad de la acción presentada, pues hay una identidad de la situación fáctica por finalidad análoga, identidad de las partes y de los hechos con el proceso conocido por el juzgado 52 Civil Municipal de Bogotá D.C., por lo que declara la improcedencia de la acción de tutela.

Teniendo en cuenta lo anteriormente referenciado, se denota que nos encontramos frente al fenómeno de cosa juzgada, toda vez que lo pretendido a través del presente proceso jurisdiccional ya ha sido conocido por varios Jueces de la Republica con anterioridad.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del 26 de julio de 2022, decidió:

PRIMERO: RECONOCER personería jurídica **[SIC]** para actuar al abogado JAIRO ANTONIO MORENO MONSALVE, identificado con cédula 79.599.250 y portador de la tarjeta profesional 156.625 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar dentro del presente proceso.

SEGUNDO: NO ACCEDER a las pretensiones de la demanda presentada por la señora HAYDEE CAAMAÑO DE GUZMAN en calidad de agente oficiosa de SANTIAGO SANCHEZ GUZMAN; por haberse configurado el fenómeno jurídico de la COSA JUZGADA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: REMITIR a la **Dirección de Inspección Y Vigilancia para la Protección al Usuario de la Superintendencia Nacional De Salud** con el fin de que se realice el seguimiento al cumplimiento de los fallos de tutela que se han proferido tutelando los derechos del menor SANTIAGO SANCHEZ GUZMAN.

Como sustento a su decisión, señaló que la demanda instaurada por la señora HAYDEE CAMACHO DE GUZMÁN agente oficiosa de SANTIAGO SÁNCHEZ GUZMÁN ante esta Superintendencia, omitió indicar la existencia de proceso de tutela, razón por la cual, fue admitida la demanda desconociéndose que la pretensión solicitada en la demandada, ya habían sido objeto de pronunciamiento.

Frente a lo cual sostuvo que se estaba ante la institución jurídico-procesal de la COSA JUZGADA, mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica.

Resaltó, que en cuanto a la solicitud de direccionar al ciudadano Santiago Sánchez a la I.P.S. Fundación Cardio Infantil con el fin de continuar los tratamientos que adelanta en las especialidades de Neurología Genética, Urología y Otorrinolaringología el Juzgado Quinto Penal Municipal Para Adolescentes con

Función de Control de Garantías de Bogotá, mediante sentencia del nueve (09) de noviembre de dos mil veintiuno (2021) se pronunció indicando:

En cuanto la solicitud de direccionar al ciudadano Santiago Sánchez a la I.P.S., Fundación Cardio Infantil con el fin de continuar los tratamientos que adelanta en las especialidades de Neurología Genética, Urología y Otorrinolaringología se tiene inicialmente que dicha I.P.S., no hace parte de la red contratada por la E.P.S., Famisanar razón por la cual no es posible ordenar de manera directa remitir al paciente a esa entidad, ahora bien, en atención a la solicitud de la accionante, la E.P.S., solicitó agendamiento a la I.P.S Cafam y Genética Humana con el fin de continuar los demás servicios de las especialidades tratadas, informando que al recibir confirmación de cita se le informara al vía correo electrónico el agendamiento.

Según lo dispuesto por la Corte Constitucional la libre elección de I.P.S., se encuentra limitada a la red de servicios adscrita a la E.P.S., tal como lo indicó la entidad accionada al informar que la I.P.S., Fundación Cardio Infantil no tiene convenio vigente con ellos, así mismo la Corte señaló que se presenta una excepción cuando se trate del suministro de atención en salud por urgencias, caso no aplicable en la presente acción. Así mismo la E.P.S., tiene la facultad de elegir las I.P.S., que harán parte de su red de servicios, siempre y cuando garanticen a los pacientes un servicio integral y de buena calidad, por lo que, la accionante debe acogerse a la remisión por parte de la E.P.S., Famisanar a las I.P.S., Cafam y Genética Humana toda vez que las mismas prestan un servicio de salud que garantiza la continuidad del tratamiento del paciente.

Así, considera este Despacho que debe considerarse rechazar lo solicitado por parte de la accionante, sobre el particular, respecto a que sea remitido su nieto a una I.P.S., señalada de su parte.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **accionante** interpuso recurso de apelación, argumentando que no está de acuerdo con la decisión de primera instancia, teniendo en cuenta que en cuanto a la libre elección de IPS no existe tutela, dado que el Juzgado Quinto Municipal para Adolescentes con Función de Garantías decidió no tutelar ese derecho dado que, FAMISANAR manifestó no tener convenio con la Cardio y en segunda instancia se vinculó a la Superintendencia Nacional de Salud para que actúe desde su competencia.

Aludió, que al haber acudido en innumerables oportunidades ante dicha entidad con quejas y haber puesto en conocimiento los hechos mediante derecho

de petición y no ser escuchada acudió la demanda, toda vez que FAMISANAR EPS aún no obedece las órdenes judiciales, conducta que conlleva al menoscabo de la salud de su nieto, afirmación verificable con la decisión del Juzgado 52 Civil Municipal que concedió el tratamiento integral para el autismo y protegió los derechos fundamentales a la salud, vida y a la seguridad social, sentencia que se encuentra en desacato desde el mes de abril sin resolver; es decir, desacatos que completa 14 años, en donde ha tenido que recurrir a dicho mecanismo para obtener los servicios médicos.

Resaltó, que en ocasiones se ha hecho incurrir en error a los jueces quienes terminan negando servicios médicos previamente protegidos, caso puntual lo sucedido en el 2017, con el servicio de transporte, medicamentos no POS y suministros, lo cual la ha obligado a interponer acciones de tutela. Sostuvo, que la accionada no ha garantizado realmente los servicios de salud al no acceder a las citas de control con la IPS Roosevelt y a la Cardio, argumentando que la atención es suministrada por Colsubsidio.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes, corresponde a esta Sala de decisión determinar si la solicitud prestada por la señora HAYDEE CAMACHO DE GUZMÁN en calidad de agente oficiosa de Santiago Sánchez Guzmán, en la cual pretende se autorice los tratamientos por genética, neurología, urología, otorrinolaringología y gastroenterología en la IPS Cardio Infantil y/o instituto Roosevelt y autorizar y garantizar el servicio de odontología que se le brinda a su nieto en el instituto Roosevelt, se encuentra o no afectado por el fenómeno de cosa juzgada.

En tal sentido se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto por el literal b.) numerales 2 y 3 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019.

En caso bajo examen, no es objeto de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que Santiago Sánchez Guzmán quien actúa a través de su abuela Haydee Camacho De Guzmán como agente oficioso, se encuentra inscrito en el

EPS FAMISANAR en el régimen contributivo, en estado activo; en calidad de beneficiario; y *ii*) que fue diagnosticado con las siguientes patologías: 1. parálisis cerebral espástica dipléjica, 2. asma, 3. Rinitis, 4. Alérgica, 5. dermatitis atópica, 6. Intolerancia al gluten y cafeína, 7. Problemas de la micción, 8. pie plano, y 9. Apiñamiento severo de sus dientes.

Frente al problema jurídico planteado ha considerado la Corte Constitucional que la cosa juzgada es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Así mismo, que los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica; señalando en sentencia C -100 de 2019, los siguiente:

2.4. De esta definición se derivan dos consecuencias importantes. En primer lugar, los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación y, en segundo lugar, el objeto de la cosa juzgada consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio. En principio, cuando un funcionario judicial se percata de la operancia de una cosa juzgada debe rechazar la demanda, decretar probada la excepción previa o de fondo que se proponga, y en último caso, procede una sentencia inhibitoria.

Al respecto, se tiene que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 303 del CGP aplicable en materia laboral por remisión analógica del artículo 145 del CPTSS, para que exista cosa juzgada deben cumplirse ciertos aspectos como lo son: identidad jurídica de partes, que se funde en la misma causa y que verse sobre el mismo objeto. Requisitos estos que se definen así:

- **Identidad de objeto**, es decir, la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la cual se predica la cosa juzgada. Se presenta cuando sobre lo pretendido existe un derecho reconocido, declarado o modificado respecto de una o varias cosas o sobre una relación jurídica. Igualmente, si se presenta identidad de aquellos elementos consecuenciales de un derecho que no fueron declarados expresamente.

- **Identidad de causa petendi**, esto es, que la demanda y la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada se sustenten en los mismos hechos salvo que se presenten nuevos hechos, pues en ese evento el juez deberá fallar sobre la nueva causa.

- **Identidad de partes**, significa que al proceso deben concurrir las mismas partes e intervinientes que resultaron vinculadas y obligadas por la decisión que constituye cosa juzgada.

Así mismo, la cosa juzgada tiene como fin preservar la seguridad jurídica, evitar decisiones contradictorias, preservar el principio *non bis in ídem inhibitoria*. Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL973-2021, que reiteró la sentencia CSJ SL1303-2018, expresó:

La institución de la cosa juzgada tiene como finalidad, que las decisiones emanadas de la rama judicial del poder público, luego de los trámites y recursos legalmente preestablecidos, sean imperativas y susceptibles de ser cumplidas cerrando la posibilidad de que sean sometidas a un nuevo debate judicial.

En ese orden de ideas, se tiene que la inteligencia dada por el Tribunal al artículo 332 del CPC no es la correcta, pues, no se corresponde con la señalada por la jurisprudencia de esta Corte, verbigracia:

[...] es preciso recordar que el art. 332 del C.P.C., aplicable a los juicios del trabajo por virtud de la remisión a que se refiere el art. 145 del C.P.L. y S.S., le otorga fuerza de cosa juzgada a la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso «siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa que el anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes»; de donde se infiere que tal institución fue consagrada con el fin de preservar el principio de seguridad jurídica y evitar que respecto de unos mismos hechos, se produzcan decisiones contradictorias¹.

*Al efecto, para determinar si existe identidad de objeto, **el juez debe estudiar si con su resolución contradice una decisión anterior, estimando un derecho ya negado o desestimando un derecho afirmado** por la decisión precedente. El respectivo análisis no sólo debe precisar si existe identidad entre los planteamientos y pretensiones ventiladas en los procesos <objeto petitorio>, también debe comprender que cuestiones {que} ya fueron objeto de resolución y se encuentran excluidas de pronunciamiento para no generar el desconocimiento del bien jurídico reconocido de manera precedente <objeto decisorio>.*

Revisado el fallo de tutela de fecha 27 de junio de 2021, proferido por el Juzgado 4° Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías

¹ CSJ SL8658-2015

de Bogotá, se puede ver que la señora Haydee Camacho de Guzmán interpuso dicha acción en contra la EPS FAMISANAR, en la cual se pretendió «ordenar a FAMISANAR E.P.S. autorizar y realizar de manera INMEDIATA el traslado a la IPS ROOSEVELT, para que allí continúe los tratamientos que le brindaba la IPS HOMI, amparada en la Ley Estatutaria 1751 de 2015. ART 6».

En dicho fallo, el Juez constitucional sostuvo:

Ahora Bien, la EPS FAMISANAR dio respuesta al auto que dispuso acceder a la medida provisional propuesta por la actora informando al despacho que en cuanto a los servicios de NEUROLOGÍA GENÉTICA, UROLOGÍA y OTORRINOLARINGOLOGÍA se autorizaron para su atención en la IPS ROOSEVELT y se programaron consultas así: Neurología sede IOIR cra 4 este av circunvalar 17-50 Genética sede Propace Cra 54 -65/85 Modelo norte, Urología sede IOIR cra 4 este av circunvalar 17-50 y Otorrinolaringología sede IOIR cra 4 este av circunvalar 17-50, así mismo en lo que respecta con la especialidad de gastroenterología no es ofertada por la IPS por lo cual se redirección solicitud a la IPS Colsubsidio para asignación de cita lo anterior dado que la IPS Roosevelt Instituto no tiene en su oferta de servicios la especialidad de GASTROENTEROLOGÍA.

Resolviendo: «**PRIMERO: DECLARAR** la carencia actual de objeto por hecho superado de acuerdo con los términos explicados en la parte motiva de esta sentencia».

Igualmente, se aportó copia del fallo de tutela del 9 de noviembre de 2021, proferido por el Juzgado 5° Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías, en donde también fueron partes la señora Haydee Camacho de Guzmán y la EPS FAMISANAR; en el cual se narró en síntesis los siguientes hechos:

Razones por las cuales radicó un derecho de petición el 1 de septiembre de 2021 ante la E.P.S., Famisanar y en atención al derecho de libre escogencia de I.P.S., solicitando la remisión de su nieto a la Fundación Cardio Infantil y/o la Cardio las cuales tienen convenio vigente con la E.P.S., con el fin que le brinde las atenciones médicas e integrales que requiere en las especialidades de Neurología Genética, Urología y Otorrinolaringología, a lo cual a la fecha la entidad accionada no le ha brindado respuesta alguna. Así mismo, ante la queja radicada frente la Superintendencia de Salud la única alternativa es remitir al joven nuevamente a la I.P.S., Colsubsidio, en la cual fue atendido durante 11 años sin resultados alentadores respecto la condición de su nieto, por lo que, en atención a la libre escogencia de I.P.S., solicitó la remisión a las I.P.S anunciadas.

Finalmente indica que en el año 2017 la Dra. Jackeline Ladino, genetista del Hospital de la Misericordia ordenó el examen “Estudio Molecular”, el cual tiene como fin identificar que gen está afectando y causando el deterioro en la salud y determinar

si la parálisis es hereditaria o adquirida, examen que no ha avanzado por trabas administrativas.

Así mismo, el 12 de julio del presente año la genetista Dra. Diana Sánchez dando continuidad al estudio molecular ordenó el examen “ESTUDIO MOLECULAR DE EXONES ESPECIFICOS”, el cual no ha sido autorizado por parte de la E.P.S., Famisanar aun cuando se ha solicitado en varias oportunidades y así dar continuidad al estudio en mención, excusándose en la falta de I.P.S., para ese examen, situación que se dio a conocer a la genetista del HOMI quien señaló que a su criterio los laboratorios Biorray o Gencell son los indicados para realizar dicho examen, situación informada a la E.P.S., Famisanar, quienes no tienen en cuenta dicho criterio.

De esta última decisión, se pudo verificar que el Juez de tutela realizó el estudio de la libre escogencia de IPS por parte del usuario y derecho de la EPS a escoger con que IPS contratar, precisando al respecto:

En cuanto la solicitud de direccionar al ciudadano Santiago Sánchez a la I.P.S., Fundación Cardio Infantil con el fin de continuar los tratamientos que adelanta en las especialidades de Neurología Genética, Urología y Otorrinolaringología se tiene inicialmente que dicha I.P.S., no hace parte de la red contratada por la E.P.S., Famisanar razón por la cual no es posible ordenar de manera directa remitir al paciente a esa entidad, ahora bien, en atención a la solicitud de la accionante, la E.P.S., solicitó agendamiento a la I.P.S Cafam y Genética Humana con el fin de continuar los demás servicios de las especialidades tratadas, informando que al recibir confirmación de cita se le informara al vía correo electrónico el agendamiento. Según lo dispuesto por la Corte Constitucional la libre elección de I.P.S., se encuentra limitada a la red de servicios adscrita a la E.P.S., tal como lo indicó la entidad accionada al informar que la I.P.S., Fundación Cardio Infantil no tiene convenio vigente con ellos, así mismo la Corte señaló que se presenta una excepción cuando se trate del suministro de atención en salud por urgencias, caso no aplicable en la presente acción. Así mismo la E.P.S., tiene la facultad de elegir las I.P.S., que harán parte de su red de servicios, siempre y cuando garanticen a los pacientes un servicio integral y de buena calidad, por lo que, la accionante debe acogerse a la remisión por parte de la E.P.S., Famisanar a las I.P.S., Cafam y Genética Humana toda vez que las mismas prestan un servicio de salud que garantiza la continuidad del tratamiento del paciente.

Así, considera este Despacho que debe considerarse rechazar lo solicitado por parte de la accionante, sobre el particular, respecto a que sea remitido su nieto a una I.P.S., señalada de su parte.

Una vez impugnada la anterior decisión, el Juzgado 5° Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento, resolvió en sentencia del 16 de diciembre de 2021:

PRIMERO: *Confirmar los numerales primero y segundo de la decisión proferida el día 9 de noviembre de 2021, por el Juzgado Quinto Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de esta ciudad capital, frente a la acción de tutela interpuesta por la señora HAYDEE CAAMAÑO DE GUZMAN,*

identificada con la cédula de ciudadanía número 21.067.886, como agente oficiosa del nieto SANTIAGO SANCHEZ GUZMAN.

SEGUNDO: *Modificar el numeral tercero, en el sentido de no ordenar la desvinculación de la Superintendencia Nacional de Salud, para que conforme sus atribuciones legales, conferidas en el Decreto 780 de 2016, constate si FAMISANAR E.P.S. tiene contrato vigente con la FUNDACIÓN CARDIO INFANTIL y tome las determinaciones conforme su competencia.*

TERCERO: *En lo demás se confirma el fallo en todas sus partes proferido el día 9 de noviembre de 2021, por el Juzgado Quinto Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de esta ciudad capital.*

Como bien se puede apreciar de las últimas tutelas instauradas por la señora Haydee Camacho de Guzmán, se logra estimar con claridad los elementos del fenómeno jurídico de cosa juzgada, pues en todas ellas pretendió la libre escogencia de la IPS para el tratamiento de su nieto en los centros médicos Roosevelt y Cardio Infantil, en las cuales se le señaló la improcedencia de dicha solicitud por no contar la EPS accionada con convenio con las mismas para los tratamientos requeridos, sin que se logrará evidenciar la omisión por parte de la accionada a los tratamientos del paciente; pues los mismos se han autorizado suministrar en la clínica Colsubsidio.

De otra parte, aun cuando la recurrente en esta oportunidad manifiesta que interpuso el presente proceso especial sumario teniendo en cuenta lo dispuesto en el ordinal segundo de la sentencia proferida por el Juzgado 5° Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento, en el que se dispuso: «**SEGUNDO:** *Modificar el numeral tercero, en el sentido de no ordenar la desvinculación de la Superintendencia Nacional de Salud, para que conforme sus atribuciones legales, conferidas en el Decreto 780 de 2016, constate si FAMISANAR E.P.S. tiene contrato vigente con la FUNDACIÓN CARDIO INFANTIL y tome las determinaciones conforme su competencia*», debe tenerse en cuenta que en la parte considerativa de dicha providencia, el Juez señaló:

Sin embargo, ante la información suministrada por la Famisanar E.P.S., en el sentido que FUNDACION CARDIO INFANTIL, no es parte de la red contratada por Famisanar EPS y tampoco en su oferta de servicios cuenta con GASTROENTEROLOGÍA, no puede esta Despacho ordenar que se realice tal contratación para efectos de garantizar lo prescrito por el médico tratante. Tampoco es posible ordenarlo con sustento en la continuidad del servicio, pues, no obstante, lo manifestado por la accionante, al aclarar que esta situación se presentó por un cambio en la red prestadora de la E.P.S, lo cierto es que la accionada FAMISANAR

E.P.S continuó suministrando los servicios requeridos en otras *IPS*, con las cuales tiene contrato.

Si bien asegura la actora que FAMISANAR E.P.S. tiene contrato vigente con la FUNDACIÓN CARDIO INFANTIL, este juzgador constitucional no observa vulneración de derechos hasta este momento, pues no puede este funcionario proferir una orden en distinto sentido, lo cual podría terminar por desconocer la potestad que tienen las EPS de elegir las IPS con las que celebrarán convenios y la clase de servicios que se prestarán a través de ellas. Sin embargo, se compulsará copias de esta decisión, para que sea la Superintendencia Nacional de Salud, quien constante dicha información y proceda conforme sus atribuciones legales, según Decreto Único 780 de 2016, artículo 2.5.2.1.1.1 que señala lo correspondiente al derecho que tiene el usuario de elegir libremente la IPS de su preferencia en los siguientes términos: (subrayado fuera del texto original).

Acorde con lo decidido en dicha providencia, se tiene que si bien el Juez de tutela ordenó compulsar copias a la Superintendencia Nacional de Salud con el fin de que se informara dentro de dicha acción constitucional si la EPS FAMISANAR tiene convenio con la Fundación Cardio Infantil, ello no instaba a la aquí demandante para que nuevamente pusiera en trámite el aparato judicial buscando idénticas pretensiones y bajo los mismos fundamentos fácticos que dieron lugar a las acciones de tutela antes referenciadas, pues en todas ellas se definió el asunto que ahora es se encuentra en debate, no siendo cierto que dentro de las aquellas no se hizo mención en relación a la libre escogencia de *IPS*, puesto que como bien se puede apreciar, tal tema fue objeto de debate; De igual forma, debe tenerse en cuenta que el hecho de que no hubiesen sido favorables tales decisiones, dicha situación no da lugar a que pueda ser invocadas demandadas o tutelas bajo los mismos argumentos hasta lograrse su cometido, toda vez que estas actuaciones lo que generan es un desgaste judicial innecesario.

Ahora bien, aun cuando la actora aduce que la Superintendencia Nacional de Salud se ha negado a resolver lo ordenado en el fallo del 16 de diciembre de 2021, se insiste que este medio de defensa no es el apropiado para resolver la supuesta omisión, puesto que para ello debe hacer uso del incidente de desacato en los términos previstos en los artículos 52 y 53 del Decreto 2591 de 1991, el cual tiene por finalidad verificar el cumplimiento de lo dispuesto en el fallo de tutela que ordenó realizar una conducta específica, y de no ser así, adoptar las medidas sancionatorias pertinentes.

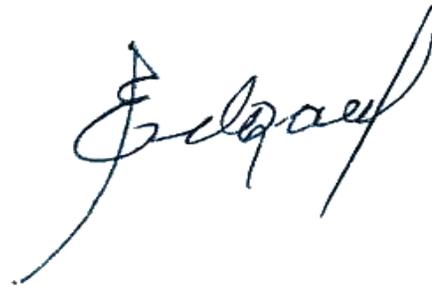
Acorde con lo expuesto, se confirmará la decisión de primer grado, al configurarse el fenómeno de cosa juzgada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C.**, Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por la **SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN**, de fecha 26 de julio de 2022, conforme a los razonamientos expuestos en esta providencia.

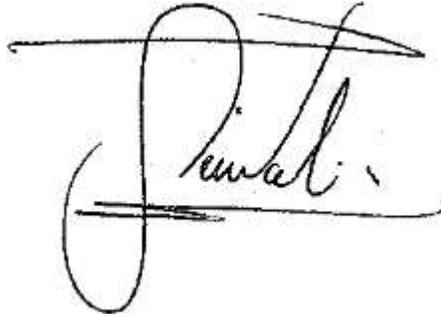
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'E. Jimena', written over a horizontal line.

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

575República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CLARA INÉS RINCÓN JAIMES
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS –
PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los dieciocho (18) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

AUTO

Se reconoce personería a la abogada **ÁNGELA MARÍA CURE MUÑOZ**, identificada con CC n.º **1.140.887.921** de Barranquilla y TP n.º 369821 del C.S. de la J, como apoderada inscrita en el certificado de existencia y representación legal de la firma GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S. quien representa a Porvenir, en los términos y para los efectos del poder conferido, previa comprobación de su calidad de abogada en la página del Registro Nacional de Abogados – SIRNA, de conformidad con el Decreto 806 de 2020.

Asimismo, se reconoce personería al abogado **NICOLÁS RAMÍREZ MUÑOZ**, identificado con CC n.º **1.018.463.893** de Bogotá y TP n.º 302039 del C.S. de la J, como apoderado sustituto de la firma CAL & NAF ABOGADOS S.A.S. quien representa a Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido, previa comprobación de su calidad de abogada en la página del Registro Nacional de Abogados – SIRNA, de conformidad con el Decreto 806 de 2020.

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

La demandante pretende se declare la «*ineficacia y/o nulidad*» del traslado que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En consecuencia, solicitó se condene a Porvenir S.A. a devolver las cotizaciones o aportes a pensión, los rendimientos financieros y gastos de administración a Colpensiones y a esta última a reactivar la afiliación de la demandante. Por último, solicitó que se acceda a lo probado *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 29 de marzo de 1964; que estuvo afiliada al ISS desde agosto de 1986, hasta 1996; que el 19 de enero de 1996, se trasladó al RAIS ya que le indicaron que no había problema con este acto jurídico y tendría una mejor mesada pensional que la que obtendría en el RPM.

Manifestó, que al momento del traslado no se analizó su situación particular pues se omitió dar información necesaria, comprensible, suficiente y objetiva sobre las características y consecuencias del acto jurídico que realizaba. Asimismo, refirió que, para la fecha en que cumple con los requisitos para acceder a esta prestación económica obtendría en el RPM una mesada pensional de \$6.399.488, mientras que, en el RAIS en la modalidad de retiro programado, si sigue cotizando la mesada sería de \$2.004.900, y si no vuelve a cotizar sería de \$1.910.591, por lo que sostiene que no fue lo que le informaron.

Indicó, que radicó reclamación administrativa ante Colpensiones el 22 de julio de 2019, quien le informó que no era posible acceder a la solicitud (f.º19 a 25).

II. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante y negó no haber brindado información necesaria sobre las características y consecuencias del traslado. Aclaró que suministró información de las características y condiciones del RAIS de acuerdo con el artículo 30 del Decreto 663 de 1993, que la decisión de traslado fue libre, espontánea, sin presiones e informada y que la asesoría brindada fue de manera verbal pues la ley no exigía dejar soportes adicionales al formulario de afiliación.

Asimismo, sostuvo que el 29 de octubre de 2010, le envió una comunicación al empleador de la demandante para informarle que estaba próxima a cumplir la edad máxima para solicitar el traslado de régimen y así pudiera tomar la mejor decisión con respecto a su futuro pensional. Frente a los demás hechos, manifestó que no eran ciertos o no le constaban. En su defensa, propuso como excepciones de mérito, las de «*prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe*» (f.º38 a 63).

COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la fecha de vinculación al ISS, la fecha de traslado de régimen pensional, la reclamación administrativa que le fue presentada y la respuesta emitida. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban.

En su defensa, propuso como excepciones de mérito «*descapitalización del sistema pensional, 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 la innominada o genérica*» (f.º84 a 96).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 23 de abril de 2021 (expediente digital, archivo 06), resolvió:

PRIMERO: - *DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por CLARA INÉS RINCÓN JAIMES CC.51.754.252, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 19 de enero de 1996, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*

SEGUNDO: *ORDENAR a PORVENIR S.A., fondo al que se encontraba afiliada CLARA INÉS RINCÓN JAIMES CC.51.754.252 a traslada a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – 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 de la actora, conforme quedaron explicados en esta providencia.*

Como fundamento de su decisión, indicó que el problema jurídico consistía en determinar si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad es ineficaz.

Para el efecto, expuso que los fondos de pensiones desde su fundación tienen la obligación de brindar a los usuarios información de manera objetiva, comparada y

transparente sobre las características de los regímenes pensionales y, más por tratarse de una entidad de seguridad social porque de su actividad dependen claros intereses sociales. Asimismo, dijo que tienen la carga de probar que brindó la asesoría correcta.

En cuanto al consentimiento vertido en el formulario de vinculación, explicó que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que este documento solo prueba el traslado se efectuó de manera libre, pero no la información que el fondo debía suministrar.

En el caso concreto, explicó que Protección S.A. no demostró haber cumplido con el deber de información; que la posible contradicción sobre la suscripción del formulario quedó esclarecida en el interrogatorio de parte; que le da plena validez al formulario de vinculación, pues el demandante no tachó de falso el documento y no probó que la firma no fuera suya, teniendo la carga de hacerlo. Lo anterior, no cambia el hecho de que el fondo de pensiones faltó al deber de información.

Manifestó, que no se prueba con el interrogatorio de parte que el fondo de pensiones haya explicado las características de los regímenes pensionales, que se demostró que el demandante si era un afiliado lego, por lo que se debía explicar en debida forma las características de los regímenes pensionales para que pudiera tomar una decisión consciente y libre y con respecto a pesar de que la motivación para solicitar el traslado sea el valor de la mesada pensional, este hecho no tiene la entidad para no tener en cuenta los argumentos en que se sustenta la demanda.

En cuanto a la prescripción señaló que la ineficacia persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A. pretende sea revocada la sentencia de instancia. En sustento del recurso, adujo que se respete la voluntad de las partes y se le de valor probatorio al formulario de afiliación, documento que era el exigido al momento de traslado como prueba de la debida información, por lo que no puede exigirse otro tipo de pruebas o el cumplimiento de obligaciones no vigentes para ese momento, pues la asesoría se hacía de manera verbal.

Sostuvo, que los afiliados son consumidores financieros y deben actuar con mediana diligencia, que implica informarse sobre los actos que realizan; que la información del traslado de régimen pensional está regulada en la Ley 100 de 1993 la cual es de público conocimiento, por lo que no puede excusarse que desconocía las consecuencias del traslado; que en el interrogatorio de parte, manifestó que conocía varias características del RAIS y que lo que busca es defraudar el sistema para obtener un beneficio económico.

Como pretensión subsidiaria solicitó, que sea absuelta de la condena a devolver los gastos de administración, porque el descuento de este concepto tiene sustento en un mandato legal y una destinación específica que se cumplió, por lo que estas sumas de dinero no se encuentra en su poder; además, va en contra de la norma legal de las restituciones mutuas, porque no tiene sentido restituir el bien y las sumas de dinero que se invirtieron para mantener el bien; por lo tanto, no es justo que se ordene su devolución cuando cumplió con la labor de mantener el bien y generar los rendimientos.

COLPENSIONES solicitó sea revocada la sentencia. En sustento, manifestó que la verdadera intelección de la prohibición de traslado de régimen dispuesta en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es salvaguardar el principio de solidaridad, que en la demandante no cumplió pues no cotizó en este régimen por más de 25 años; que la falta de información no se reputa del inconformismo con el monto de la mesada pensional, más aún, cuando conocía las características de ambos regímenes como quedó probado en el interrogatorio de parte. Finalmente, señala que Colpensiones es el verdadero damnificado con la sentencia pues las cotizaciones que realizó la demandante no alcanzan a financiar la prestación económica de vejez.

V. CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A. y Colpensiones así como en el grado jurisdiccional de consulta en lo que esta última no apeló, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: i) que la demandante realizó aportes al ISS desde el 26 de agosto de 1986 hasta el 31 de enero de 1996, un total de 491,43 semanas, conforme a la historia laboral actualizada al 3 de marzo de 2020 (f.º96, CD1); y ii) que suscribió formulario de afiliación a Porvenir S.A. el **19 de enero de 1996** (f.º67), traslado que se hizo efectivo el **1º de febrero de 1996** (f.º65).

Conforme a los antecedentes, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información y, si como consecuencia de lo anterior, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados, gastos de administración, rendimientos, primas previsionales y la suma destinada al fondo de garantía de pensión mínima.

DEBER DE INFORMACIÓN

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada y pacífica jurisprudencia ha considerado que, desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que creó a las administradoras privadas de pensiones, se estableció la obligación de informar al momento de traslado en forma clara, precisa y oportuna, las características de los regímenes pensionales, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Lo anterior, debido a que estas entidades cuentan con responsabilidades sociales y profesionales intrínsecas a su labor, que las obligan, desde su misma creación, a acompañar al afiliado y suministrarle información clara, veraz, prudente, comprensible y efectiva sobre las consecuencias de la elección de un determinado régimen pensional, teniendo en cuenta sus condiciones particulares y la historia laboral (CSJ SL 5280-2021).

De modo que, el acto de traslado debe ir precedido de una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional cumplimiento que permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En este sentido, se ha indicado que no hay una manifestación libre y voluntaria cuando el afiliado desconoce la incidencia que tiene el traslado en sus derechos prestacionales, de ahí que, no pueda estimarse satisfecho este requisito con la simple expresión genérica que se plasman en los formularios de afiliación.

Asimismo, no desconoce esta Sala de Decisión que el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y con ello las obligaciones a cargo de las

administradoras de pensiones, de ahí que, del deber de información necesaria (1993-2009) se pasó al de asesoría y buen consejo (2009-2014) y, finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (CSJ SL4062-2021).

CARGA PROBATORIA

Tal como lo ha fijado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quienes tienen la obligación de acreditar el cumplimiento del deber de información son los fondos de pensiones, pues tienen la posición más favorable, ya que la documentación soporte del traslado debe conservarse en sus archivos.

Adicionalmente, al centrarse el debate en que los fondos de pensiones no suministraron la información pertinente, no se le puede exigir al afiliado una prueba sobre esta manifestación, pues corresponde a un supuesto de hecho negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que si cumplió con esta obligación (SL1957-2022).

TRASLADO SIN CONDICIONES ESPECIALES

Es imperioso reiterar que, el deber de información a cargo del fondo de pensiones, para la época del traslado, se circunscribe a suministrar información suficiente y transparente que permitiera al afiliado vincularse al régimen que más le favoreciera, de modo que, es indiferente para esta Sala de Decisión y así lo ha manifestado la Sala de Casación Laboral en su jurisprudencia, que el afiliado deba ser beneficiario del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia como incumplimiento de este deber y menos si el traslado genera algún tipo de perjuicio, pues se itera, *«la violación al deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (SL1452-2019).

CASO CONCRETO

Sea lo primero precisar, que tal como se desprende de los medios de convicción del proceso, la solicitud de vinculación ante el fondo de pensiones Porvenir S.A. se realizó el **19 de enero de 1996** (f.º67) y el traslado se hizo efectivo el **1º de febrero de 1996** (f.º65), cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa, según

la cual, debe entregar información suficiente y transparente que le permita al afiliado elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajuste a sus intereses.

De ahí que, Porvenir S.A. tenía el deber inexcusable de brindar a la afiliada información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculada, de modo que, no se le está imponiendo obligaciones no previstas en el ordenamiento jurídico como lo expuso el *ad quo*, pues esta obligación viene consignada en el numeral 1. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Por otra parte, a pesar de que se firmó el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso «*voluntad de afiliación*», no por este hecho se puede concluir que el acto de traslado estuvo mediando por la voluntad de la demandante, pues, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que este tipo de aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, dado que a lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado (CSJ SL1949-2022 que reitera CSJ SL19447-2017).

En cuanto al interrogatorio de parte que absolvió la demandante, al revisar algunas de las respuestas dadas por ella, en dicha diligencia se observa que sobre las condiciones del traslado del régimen pensional sostuvo:

El traslado de régimen pensional lo hice en el año 1996, en enero de 1996, un asesor de Porvenir S.A. llamó a la empresa donde trabajo, solicitó una cita para hablar de las bondades del régimen privado de pensiones, asistió a la cita, nos indicó que un régimen privado de pensiones está respaldado por muchos temas financieros que nunca va a quebrar que el seguro social en cambio iba a desaparecer y que todos los que estuviera allí iban a quedar sin pensión, en el aire; que la ventaja más grande es que uno se puede pensionar en cualquier momento; que nunca iba a ver pérdida con la pensión, siempre iba hacer rendimientos financieros, el señor simplemente nos convenció de que era la mejor alternativa, diligenció el formulario y nos tomó la firma, eso fue el momento en que se hizo, en enero de 1996.

Asimismo, le preguntaron si conocía la fecha de redención del bono pensional, frente a lo cual manifestó que la desconocía; con respecto a la información recibida sobre los beneficiarios de la prestación económica, dijo que le habían informado que estas personas heredan la pensión en caso de fallecimiento y sobre los aportes voluntarios declaró que al momento del traslado no se le brindó información sobre este tema, que solo conoció esta figura hace dos años.

En este orden, del análisis objetivo de dicho interrogatorio de parte, de su versión tampoco se desprende que la demandante hubiese recibido información

completa, veraz y transparente que garantizara el consentimiento informado al momento del traslado, como lo afirman las recurrentes, evidenciándose que la información parcial, y solo con respecto al régimen de ahorro individual con solidaridad, pues de lo manifestado por la demandante, únicamente hicieron referencia a las ventajas omitiendo información. Tampoco se observa una confesión en los términos del artículo 191 del CGP, esto es, que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria, como quiera que el hecho de que la accionante hubiese señalado que el asesor le explicó algunas características del RAIS, NO implica que hubiese confesado que este le hubiese dado una información adecuada, suficiente, clara, transparente y detallada acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada modelo pensional, pues era su deber o su obligación dar a conocer toda la verdad objetiva de los dos regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro, circunstancias que Porvenir S.A. debía probar en este proceso y no lo hizo.

Ahora bien, con respecto a los actos de relacionamiento y la permanencia en el régimen a través del tiempo, la Sala de Casación Laboral desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, como consecuencia de la falta de información, el acto jurídico no se torna en eficaz por: i) los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas, ii) porque no se haya expresado inconformidad alguna con el sistema o iii) porque ha permanecido en el mismo (CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022).

Bajo el anterior contexto, a pesar de que los fondos de pensiones tenían la obligación legal de probar el cumplimiento del deber de información, no lograron probarlo, por el contrario, resulta claro para esta Sala de Decisión que las administradoras de pensiones incumplieron con el deber de brindar información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba retirarse del RPM al que se encontraba afiliada. En consecuencia, se debe declarar la **ineficacia del traslado**, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

La declaración de ineficacia trae como consecuencia suponer que el acto jurídico de traslado nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, es decir, con efectos *ex tunc* (desde siempre).

Bajo este horizonte, resulta totalmente válido que se disponga que los fondos de pensiones privados trasladen a Colpensiones, no sólo el dinero existente en la cuenta de ahorro individual que incluye los rendimientos, sino lo correspondiente a los bonos pensionales, las primas de seguros previsionales, lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las comisiones y los gastos de administración, conceptos que debe ir debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, así lo ha respaldado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1467-2021 adoctrinó:

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

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

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

Cabe agregar que, vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones, las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022) entre muchas otras; como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe a la afiliada.

Por lo anterior, se hace necesario modificar el numeral SEGUNDO para adicionar la devolución de los bonos pensionales si los hubiere, las comisiones, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia por el tiempo que estuvo vinculada en el fondo de pensiones, rubros que deben ir debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, pues como lo dispone la sentencia estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos se financiará las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, la devolución de **manera íntegra** a Colpensiones de todos los dineros aportados por el afiliado al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propuso la demandada, esta Sala de Decisión ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

VI. COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. como quiera que sus recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

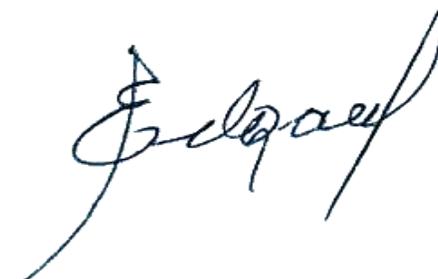
VII. RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral SEGUNDO de la sentencia de instancia, en el sentido de **CONDENAR** a PROVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones además de lo ya indicado en este numeral, lo correspondiente a los bonos pensionales si los hubiere, las comisiones, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, además de que, al momento de cumplirse la orden dispuesta en este numeral, esta entidad deberá discriminar todos los conceptos ordenados a trasladar con sus respectivos valores, el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO. CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A.

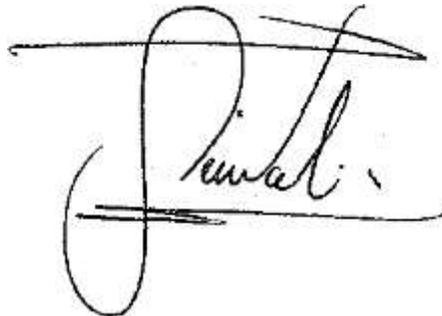
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



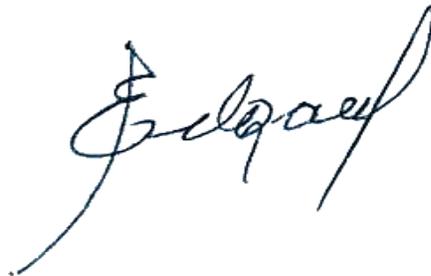
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fija como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A., la suma de \$1.000.000 cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MAGDA PILAR ESPITIA OLAYA
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS –
SKANDIA S.A. Y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS –
PORVENIR S.A.**

En Bogotá D. C. a los dieciocho (18) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

AUTO

Se reconoce personería a la abogada **PAULA HUERTAS BORDA**, identificada con CC n.º **1.020.833.703** y TP n.º 369744 del C.S. de la J., como apoderada inscrita en el certificado de existencia y representación legal de la firma **GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S.** quien representa a Porvenir S.A, en los términos y para los efectos del poder conferido, previa comprobación de su calidad de abogada en la página del Registro Nacional de Abogados – SIRNA, de conformidad con el Decreto 806 de 2020.

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

La demandante pretende se declare la «*ineficacia*» del traslado que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A y los

posteriores traslados horizontales. En consecuencia, solicitó se ordene a los fondos de pensiones retornar los aportes en pensiones como: cotizaciones, bonos, aportes adicionales del asegurado junto con los rendimientos que se hubieren causado a Colpensiones y, a esta última, validar los aportes pensionales y actualizar la historia laboral. Por último, solicitó las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que nació el 6 de diciembre de 1963; que cotizó al ISS desde el 14 de diciembre de 1981, hasta el 31 de enero de 1999, un total de 1.504,29 semanas; que se trasladó a Porvenir S.A. el 1° de febrero de 1999, e hizo varios traslados horizontales así: a Skandia S.A. el 1° de junio de 2002, a Horizontes Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A. el 1° de agosto de 2005, luego, retornó a Skandia S.A. el 1° de julio de 2008, volvió a Horizontes Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A. el 1° de agosto de 2011, y finalmente regresó a Skandia S.A. el 1 de marzo de 2012.

Manifestó, que ha cotizado al sistema 2.080.86 semanas que le permitían acceder a la prestación económica por vejez al cumplir los 57 años en Colpensiones, que la proyección de la mesada pensional le preocupa porque afecta su mínimo vital, que al momento del traslado no le explicaron de manera clara y precisa las consecuencias y beneficios del cambio de régimen pensional.

Sostuvo que radicó solicitud de traslado ante Colpensiones, Old Mutual S.A. y Porvenir S.A. el 27 de diciembre de 2018, 26 de marzo de 2019 y 27 de marzo de 2019, entidades que resolvieron negativamente la solicitud (f.º3 a 19).

II. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones en su contra. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del demandante, el tiempo de vinculación al ISS, la totalidad de las semanas cotizadas al Sistema de Seguridad Social en Pensiones y la solicitud del traslado. Negó que hubiera cotizado al RPM 1504,29 y aclaró que fueron 661,43 semanas. Frente a los demás hechos, manifestó que no le constaban o que no eran hechos.

En su defensa, propuso como excepciones de mérito *«cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe en las actuaciones de Colpensiones, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado por el*

acto legislativo 01 de 2005, hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y la innominada o genérica» (f.º104 a 114).

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso las pretensiones dirigidas en su contra. En cuanto a los hechos, aceptó la solicitud de traslado radicada ante su entidad. Negó que hubiera cotizado al RPM y al Sistema General de Pensiones las semanas indicadas en la demanda y que no hubiera explicado de manera clara y precisa las consecuencias del traslado.

Aclaró, que las semanas cotizadas al RPM fueron 823 y la totalidad de las semanas cotizadas al sistema fueron 1887.86; que previo a la suscripción del formulario de vinculación le brindó información completa de las características del régimen al que se encontraba afiliada, pues no se trató de un cambio de régimen sino de un traslado horizontal; que las condiciones para acceder a la pensión de vejez se deben analizar en cada caso atendiendo factores que determinan el valor de la mesada pensional. Adicionalmente, precisó las fechas de vinculación a su entidad, de la siguiente manera: i) desde el 1º de junio de 2002, hasta el 31 de julio de 2005; ii) 1º de julio de 2008 hasta el 31 de julio de 2011; y iii) 26 de enero de 2012, el cual se hizo efectivo a partir del 1º de marzo de 2012.

En su defensa, propuso como excepciones de mérito *«Skandia no participó ni intervino en el momento de selección del régimen, convalidación del acto jurídico, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón a la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales a similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, buena fe y la genérica» (f.º131 a 140).*

PORVENIR S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la solicitud de traslado y la respuesta dada por la entidad. Negó no haberle brindado información completa. De otra parte, aclaró que el traslado fue voluntario y recibió la asesoría suficiente que le permitió comprender los efectos del acto jurídico celebrado y que se le informó sobre las características del régimen, los beneficios y la forma de acceder a las prestaciones.

En su defensa, propuso como excepciones de mérito «prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe» (f.º192 a 203).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 25 de octubre de 2021 (f.º313 a 314, CD 8), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por **MAGDA PILAR ESPITIA OLAYA** del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **AFP SKANDIA S.A.**, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia.

TERCERO: ORDENAR a **COLPENSIONES** a recibir los dineros provenientes de la **AFP SKANDIA S.A.** y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

Como fundamento de su decisión, indicó que el problema jurídico consistía en establecer si era procedente declarar la ineficacia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y las demás pretensiones declarativas y condenatorias.

Para el efecto, expuso que la decisión se fundó en la Ley – el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el numeral 1º del artículo 93 del Decreto 663 de 1993 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 – y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia – CSJ SL31989-2008, CSJ SL9447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3349-2021 –, que disponen que si no se verifica la debida asesoría del fondo de pensiones a la demandante, quedara sin efecto el traslado de régimen.

Frente al deber de información y la declaración de la ineficacia, sostuvo que la regla identificable consiste en que los fondos de pensiones debe suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional; que opera la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado y que es indiferente la condición que abstente el afiliado, pues la violación

al deber de información de predica del acto jurídico de traslado considerado en sí mismo.

Descendiendo al caso, indicó que una vez analizado el material probatorio aportado al juicio, es claro que Porvenir S.A. no acreditó el cumplimiento del deber de información en los términos estipulados en la jurisprudencia; que si bien se aportó el formulario de afiliación, la jurisprudencia ha indicado que este documento no es suficiente para dar por demostrado el deber de información; que a lo sumo acreditan un consentimiento libre de vicios pero no informado y que no se aportó documento adicional para probar el cumplimiento.

Sostuvo, que no hubo confesión en el interrogatorio de parte pues la demandante reiteró que no se le suministró la información en los términos indicados; que no puede declarar la validez del acto jurídico porque el motivo para retornar al RPM sea el valor de la eventual mesada pensional, los sucesivos traslados horizontales o porque recibió los extractos de los fondos, reiterando que se analiza el cumplimiento del deber de información al momento del traslado.

Por lo anterior, declaró la ineficacia del traslado y el consecuente traslado de los aportes del último fondo al que estuvo afiliada. En cuanto a la excepción de prescripción, indicó que no está llamada a prosperar porque no es procedente declararla en asuntos como el analizado, pues puede verse afectado el derecho irrenunciable a la seguridad social.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES solicitó que sea revocada la sentencia. En sustento de la alzada, indica que el *a quo* no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, pues Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la demandante y los fondos de pensiones privados; que estos tienen efectos interpartes; que esa entidad no puede verse ni perjudicada ni favorecida con la decisión que se adopte, pues nada tuvo que ver con la decisión; asimismo, indicó que la declaratoria de ineficacia afecta el equilibrio financiero del sistema de la seguridad social en pensiones.

Solicitó como pretensión subsidiaria la condena a los fondos de pensiones privados el pago de los perjuicios económicos que le genere, en atención a la teoría del daño del derecho civil.

V. CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones y en grado jurisdiccional de consulta en lo que esta última no apeló, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la demandante realizó aportes al ISS desde el 14 de diciembre de 1981, hasta el 31 de enero de 1991, un total de 661,43, de acuerdo con la historia laboral del 30 de enero de 2020 (f.º120 a 125), *ii)* que suscribió formulario de vinculación al RAIS administrado por Porvenir S.A. el **2 de febrero de 1999** (f.º210); *iii)* que luego suscribió formulario de afiliación con Skandia S.A. el 5 de abril de 2005 (f.º147); *iv)* que se afilió a Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A. el 27 de julio de 2005 (f.º210); *v)* que posteriormente, suscribió formulario de afiliación con Skandia S.A. el 1º de mayo de 2008 (f.º148); *vi)* que regresó a Horizontes Pensiones y Cesantías el 1º de junio de 2011 (f.º211); y *vii)* que finalmente, suscribió formulario de afiliación con Skandia S.A el 26 de enero de 2012 (f.º149).

Conforme a los antecedentes, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información y, si como consecuencia de lo anterior, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados, gastos de administración, rendimientos, primas previsionales y la suma destinada al fondo de garantía de pensión mínima.

DEBER DE INFORMACIÓN

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada y pacífica jurisprudencia ha considerado que, desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que creó a las administradoras privadas de pensiones, se estableció la obligación de informar al momento de traslado en forma clara, precisa y oportuna, las características de los regímenes pensionales, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Lo anterior, debido a que estas entidades cuentan con responsabilidades

sociales y profesionales intrínsecas a su labor, que las obligan, desde su misma creación, a acompañar al afiliado y suministrarle información clara, veraz, prudente, comprensible y efectiva sobre las consecuencias de la elección de un determinado régimen pensional, teniendo en cuenta sus condiciones particulares y la historia laboral (CSJ SL 5280-2021).

De modo que, el acto de traslado debe ir precedido de una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional cumplimiento que permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En este sentido, se ha indicado que no hay una manifestación libre y voluntaria cuando el afiliado desconoce la incidencia que tiene el traslado en sus derechos prestacionales, de ahí que, no pueda estimarse satisfecho este requisito con la simple expresión genérica que se plasman en los formularios de afiliación.

Asimismo, no desconoce esta Sala de Decisión que el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y con ello las obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones, de ahí que, del deber de información necesaria (1993-2009) se pasó al de asesoría y buen consejo (2009-2014) y, finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (CSJ SL4062-2021).

CARGA PROBATORIA

Tal como lo ha fijado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quienes tienen la obligación de acreditar el cumplimiento del deber de información son los fondos de pensiones, pues tienen la posición más favorable, ya que la documentación soporte del traslado debe conservarse en sus archivos.

Adicionalmente, al centrarse el debate en que los fondos de pensiones no suministraron la información pertinente, no se le puede exigir al afiliado una prueba sobre esta manifestación, pues corresponde a un supuesto de hecho negativo

indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que si cumplió con esta obligación (SL1957-2022).

TRASLADO SIN CONDICIONES ESPECIALES

Es imperioso reiterar que, el deber de información a cargo del fondo de pensiones, para la época del traslado, se circunscribe a suministrar información suficiente y transparente que permitiera al afiliado vincularse al régimen que más le favoreciera, de modo que, es indiferente para esta Sala de Decisión y así lo ha manifestado la Sala de Casación Laboral en su jurisprudencia, que el afiliado deba ser beneficiario del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia como incumplimiento de este deber y menos si el traslado genera algún tipo de perjuicio, pues se itera, *«la violación al deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (SL1452-2019).

CASO CONCRETO

Sea lo primero precisar, que tal como se desprende de los medios de convicción del proceso, la solicitud de vinculación ante el fondo de pensiones Porvenir S.A. se realizó el **2 de febrero de 1999** y se hizo efectiva el **1° de abril de 1999**, cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa, según la cual, debe entregar información suficiente y transparente que le permita al afiliado elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajuste a sus intereses.

De ahí que, Porvenir S.A. tenía el deber inexcusable de brindar a la afiliada información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculada, de modo que, no se le está imponiendo obligaciones no previstas en el ordenamiento jurídico como lo expuso el *a quo*, pues esta obligación viene consignada en el numeral 1. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Por otra parte, a pesar de que se firmó el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso *«voluntad del afiliado y el empleador»*, no por este hecho se puede concluir que el acto de traslado estuvo mediando por la voluntad de la demandante, pues, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que este tipo de aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información,

dado que a lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado (CSJ SL1949-2022 que reitera CSJ SL19447-2017).

Ahora bien, con respecto a los actos de relacionamiento y la permanencia en el régimen a través del tiempo, la Sala de Casación Laboral desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual como consecuencia de la falta de información, el acto jurídico no se torna en eficaz por: i) los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas, ii) porque no se haya expresado inconformidad alguna con el sistema o iii) porque ha permanecido en el mismo (CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022).

En ese orden, no puede sostenerse que al haber realizado la afiliada traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen – actos de relacionamiento – o porque allá permanecido en el régimen por mucho tiempo, es porque conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que, lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional del RPM al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

*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.** (Negrillas fuera del texto original).*

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones

de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial. (Negrillas fuera del texto original).

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Bajo el anterior contexto, a pesar de que los fondos de pensiones tenían la obligación legal de probar el cumplimiento del deber de información, no lograron probarlo, por el contrario, resulta claro para esta Sala de Decisión que las administradoras de pensiones incumplieron con el deber de brindar información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba retirarse del RPM al que se encontraba afiliada. En consecuencia, se debe declarar la **ineficacia del traslado**, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

La declaración de ineficacia trae como consecuencia suponer que el acto jurídico de traslado nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, es decir, con efectos *ex tunc* (desde siempre).

Bajo este horizonte, resulta totalmente válido que se disponga que los fondos de pensiones privados trasladen a Colpensiones, no sólo el dinero existente en la cuenta de ahorro individual que incluye los rendimientos, sino lo correspondiente a los bonos pensionales, las primas de seguros previsionales, lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las comisiones y los gastos de administración, conceptos que debe ir debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, así lo ha respaldado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1467-2021 adoctrinó:

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

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

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

Cabe agregar que, vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones, las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022) entre muchas otras; como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe al afiliado.

Por lo anterior, se hace necesario modificar el numeral SEGUNDO para condenar igualmente a Porvenir S.A. y adicionar a la condena impuesta la

devolución de los bonos pensionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia por el tiempo que estuvo vinculado en el fondo de pensiones, rubros que deben ir debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, pues como lo dispone la sentencia estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos se financiará las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, la devolución de **manera íntegra** a Colpensiones de todos los dineros aportados por el afiliado al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala de Decisión ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

VI. COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

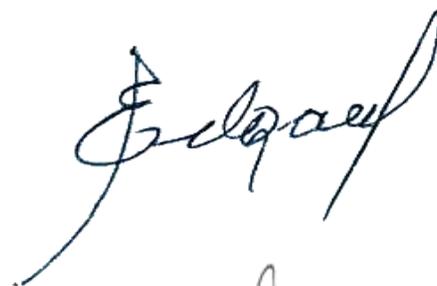
VII. RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral SEGUNDO de la sentencia de instancia, en el sentido de **CONDENAR** a PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. además de lo ya indicado, en este numeral, lo correspondiente a los bonos pensionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, además de que, al momento de cumplirse la orden dispuesta en este numeral, estas entidades deberán discriminar todos los conceptos ordenados a trasladar con sus respectivos valores, el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

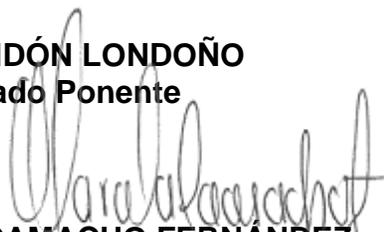
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones.

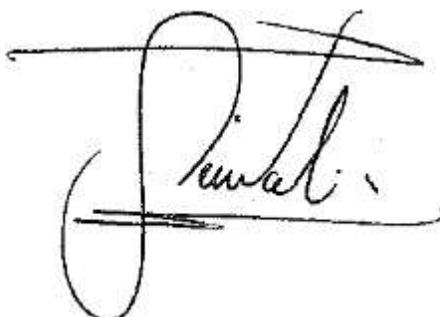
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



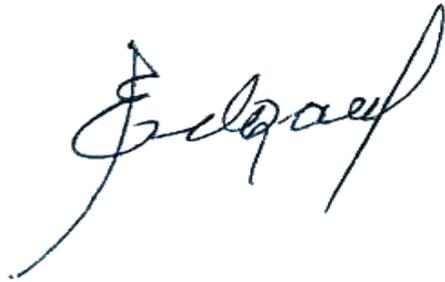
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fija como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, la suma de \$1.000.000.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Édgar Rendón Londoño', written in a cursive style.

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia

Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL****MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO****PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUZ ÁNGELA LONDOÑO BOTERO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS –
PROTECCIÓN S.A.**

En Bogotá D. C. a los dieciocho (18) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

La demandante pretende se declare la «*ineficacia*» del traslado que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En consecuencia, solicitó se condene a Protección S.A. a devolver la totalidad de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos pensiones, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades a Colpensiones y, a esta última, reactivar la afiliación y a recibir la totalidad de los aportes devueltos. Por último, requirió que se acceda a lo probado *ultra y extra petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus aspiraciones, narró que comenzó a cotizar en el RPM desde el 15 de septiembre de 1987; que suscribió formulario de afiliación a AFP Davivir, hoy Protección S.A. el 30 de noviembre de 1998, que al momento del traslado no se le informó de forma clara, completa y comparada sobre las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales y las consecuencias del traslado.

Manifestó, que Protección S.A. no indagó sobre su situación pensional, no le informó de la posibilidad de retornar al RPM antes de cumplir los 47 años, no dio una reasesoría pensional ni cumplió con su deber de buen consejo antes de estar en la prohibición de traslado; que Protección S.A. le informó que tenía derecho a una pensión mínima, mientras que la proyección pensional en Colpensiones, de acuerdo con la liquidación realizada por Yabar Liquidaciones, arrojó un valor de \$2.673.913 aproximadamente.

Sostuvo, que solicitó la anulación de la afiliación ante Protección S.A. y Colpensiones, el 26 de junio y 31 de julio de 2020, respectivamente; que ante la falta de respuesta de Protección S.A. remitió de nuevo la solicitud el 8 de septiembre de 2020; que ambas entidades respondieron desfavorablemente a la petición. Finalmente, elevó consulta ante la Superintendencia Financiera de Colombia para que se pronunciara sobre el deber de información (expediente digital, archivo 01, pdf 1 a 12).

II. CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de suscripción del formulario de afiliación con la AFP Davivir, hoy Protección S.A., la petición de reactivación al régimen, la respuesta brindada, la consulta elevada a la Superintendencia Financiera de Colombia y la respuesta al requerimiento hecho por la Procuraduría. Frente a los demás hechos manifestó que no le constaba.

En su defensa, propuso como excepciones de mérito «*prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos,* » (expediente digital, archivo 009, pdf 2 a 9).

Respecto de **PROTECCIÓN S.A.**, el juzgado de conocimiento, por medio del auto del 22 de julio de 2021, resolvió tener por no contestada la demanda por este fondo, ya que no subsanó la contestación dentro del término legal concedido.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 16 de septiembre de 2021 (expediente digital, archivo 015), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante LUZ ÁNGELA LONDOÑO BOTERO al régimen de ahorro individual con solidaridad.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **PROTECCIÓN** a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

TERCERO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante.

Como fundamento de su decisión, expuso que si bien antes se estudiaba este tipo de procesos bajo la óptica de la nulidad por fundamentarse en un vicio del consentimiento, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL12136-2014 sostuvo que este tipo de casos debe analizarse desde la figura de la ineficacia – artículo 271 de la Ley 100 de 1993 –; de este modo, para que se entienda que el traslado se efectuó de manera libre y voluntaria, se debe verificar si el fondo de pensiones informó al afiliado de los riesgos y características propias de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera una manifestación autónoma y consciente.

Asimismo, dijo que la comunicación escrita de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, debe analizarse a la luz del derecho a la seguridad social, vida digna, salud y mínimo vital e hizo referencia a la naturaleza de los fondos de pensiones como patrimonios autónomos propiedad de los afiliados para resaltar la obligación que les asiste de defender los intereses de estos. Adujo que la sentencia 68852 de 2019 (sin especificar si es radicado o número de la providencia), estableció que el deber de información ha existido desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; que la carga de la prueba le corresponde al fondo de pensiones y el consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para acreditar el consentimiento informado.

Conforme a lo anterior, concluyó que del formulario de afiliación aportado al proceso no se desprende el tipo de información que se le brindó a la demandante; que del interrogatorio de parte rendido por la demandante consideró que el fondo de pensiones no brindó información clara, suficiente, oportuna y eficaz en los términos indicados por la Corte Suprema de Justicia y refirió que no estaba de acuerdo con lo dicho por la apoderada de Colpensiones, en lo referente a que a la actora manifestó haber recibido un comparativo entre regímenes pensionales, pues en realidad a lo que hizo referencia, fue a que le indicaron que Colpensiones pertenecía al régimen público y Davivir S.A. al régimen privado, pero no brindaron más información sobre las condiciones, características y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, por lo anterior, declaró ineficaz el traslado con las consecuencias que se derivan de esta figura.

Con respecto a la prescripción, expuso que no opera en esta figura porque está íntimamente ligada con la construcción del beneficio pensional.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PROTECCIÓN S.A. solicita sea revocada la sentencia de instancia de manera parcial. En sustento del recurso sostiene que no es procedente que se ordene la devolución de los gastos de administración porque fueron descuentos realizados conforme a la ley, causados durante la vinculación de la demandante al fondo. Sostiene que esta condena constituye en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, toda vez que recibe comisión de un dinero que no está destinado a financiar la pensión de vejez, que no hay una norma que lo autorice y que como ya se le está trasladando los rendimientos financieros tiene derecho a conservar los gastos de administración como restituciones mutuas a su favor.

En cuanto a los seguros previsionales, manifestó que ya fueron causados girados a una aseguradora, por lo que se encuentra imposibilitada para solicitar la devolución de estos, además porque esta es un tercero de buena fe.

V. CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Protección S.A. y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: i) que la demandante realizó aportes al ISS desde el 15 de septiembre de 1987 hasta el 31 de diciembre de 1998, un total de 276 semanas, de acuerdo con la historia laboral actualizada al 123 de marzo de 2021 (expediente digital, archivo 009); y ii) que suscribió formulario de afiliación a Davivir Pensiones y Cesantías S.A., hoy Protección S.A. el **30 de noviembre de 1998** (expediente digital, archivo 001, pdf 103).

Conforme a los antecedentes, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección S.A. es ineficaz por falta de información y, si como consecuencia de lo anterior, hay lugar a trasladar a

COLPENSIONES los aportes realizados, gastos de administración, rendimientos, primas previsionales y la suma destinada al fondo de garantía de pensión mínima.

DEBER DE INFORMACIÓN

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada y pacífica jurisprudencia ha considerado que, desde la implementación del sistema de seguridad social en pensiones, que creó a las administradoras privadas de pensiones, se estableció la obligación de informar al momento de traslado en forma clara, precisa y oportuna, las características de los regímenes pensionales, para garantizar que los afiliados al sistema puedan tomar decisiones debidamente informadas, con fundamento en el numeral 1.º del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

Lo anterior, debido a que estas entidades cuentan con responsabilidades sociales y profesionales intrínsecas a su labor, que las obligan, desde su misma creación, a acompañar al afiliado y suministrarle información clara, veraz, prudente, comprensible y efectiva sobre las consecuencias de la elección de un determinado régimen pensional, teniendo en cuenta sus condiciones particulares y la historia laboral (CSJ SL 5280-2021).

De modo que, el acto de traslado debe ir precedido de una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional cumplimiento que permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En este sentido, se ha indicado que no hay una manifestación libre y voluntaria cuando el afiliado desconoce la incidencia que tiene el traslado en sus derechos prestacionales, de ahí que, no pueda estimarse satisfecho este requisito con la simple expresión genérica que se plasman en los formularios de afiliación.

Asimismo, no desconoce esta Sala de Decisión que el deber de información con el pasar del tiempo se ha intensificado y con ello las obligaciones a cargo de las administradoras de pensiones, de ahí que, del deber de información necesaria (1993-2009) se pasó al de asesoría y buen consejo (2009-2014) y, finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con

el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (CSJ SL4062-2021).

CARGA PROBATORIA

Tal como lo ha fijado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quienes tienen la obligación de acreditar el cumplimiento del deber de información son los fondos de pensiones, pues tienen la posición más favorable, ya que la documentación soporte del traslado debe conservarse en sus archivos.

Adicionalmente, al centrarse el debate en que los fondos de pensiones no suministraron la información pertinente, no se le puede exigir al afiliado una prueba sobre esta manifestación, pues corresponde a un supuesto de hecho negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que si cumplió con esta obligación (SL1957-2022).

TRASLADO SIN CONDICIONES ESPECIALES

Es imperioso reiterar que, el deber de información a cargo del fondo de pensiones, para la época del traslado, se circunscribe a suministrar información suficiente y transparente que permitiera al afiliado vincularse al régimen que más le favoreciera, de modo que, es indiferente para esta Sala de Decisión y así lo ha manifestado la Sala de Casación Laboral en su jurisprudencia, que el afiliado deba ser beneficiario del régimen de transición o contar con una expectativa pensional para que proceda la ineficacia como incumplimiento de este deber y menos si el traslado genera algún tipo de perjuicio, pues se itera, *«la violación al deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo»* (SL1452-2019).

CASO CONCRETO

Sea lo primero precisar, que tal como se desprende de los medios de convicción del proceso, la solicitud de vinculación ante el fondo de pensiones Davivir Pensiones y Cesantías S.A. se realizó el **30 de noviembre de 1998** (expediente digital, archivo 001, pdf 103), cuando el deber de información se encontraba en la primera etapa, según la cual, debe entregar información suficiente y transparente que le permita al afiliado elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajuste a sus intereses.

De ahí que, Protección S.A. tenía el deber inexcusable de brindar a la afiliada información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias reales de abandonar el régimen al que se encontraba vinculada, de modo que, no se le está imponiendo obligaciones no previstas en el ordenamiento jurídico como lo expuso el *ad quo*, pues esta obligación viene consignada en el numeral 1. ° del artículo 97 Decreto 663 de 1993.

De otra parte, a pesar de que se firmó el formulario de afiliación bajo un texto pre-impreso «*voluntad de selección y afiliación*», no por este hecho se puede concluir que el acto de traslado estuvo mediando por la voluntad de la demandante, pues, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que este tipo de aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, dado que a lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado (CSJ SL1949-2022 que reitera CSJ SL19447-2017).

Ahora bien, con respecto a los actos de relacionamiento y la permanencia en el régimen a través del tiempo, la Sala de Casación Laboral desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, como consecuencia de la falta de información, el acto jurídico no se torna en eficaz por: i) los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas, ii) porque no se haya expresado inconformidad alguna con el sistema o iii) porque ha permanecido en el mismo (CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022).

Bajo el anterior contexto, a pesar de que los fondos de pensiones tenían la obligación legal de probar el cumplimiento del deber de información, no lograron probarlo, por el contrario, resulta claro para esta Sala de Decisión que las administradoras de pensiones incumplieron con el deber de brindar información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba retirarse del RPM al que se encontraba afiliada. En consecuencia, se debe declarar la **ineficacia del traslado**, conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

La declaración de ineficacia trae como consecuencia suponer que el acto jurídico de traslado nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en

que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, es decir, con efectos *ex tunc* (desde siempre).

Bajo este horizonte, resulta totalmente válido que se disponga que los fondos de pensiones privados trasladen a Colpensiones, no sólo el dinero existente en la cuenta de ahorro individual que incluye los rendimientos, sino lo correspondiente a los bonos pensionales, las primas de seguros previsionales, lo destinado al fondo de garantía de pensión mínima, las comisiones y los gastos de administración, conceptos que debe ir debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, así lo ha respaldado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1467-2021 adoctrinó:

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

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

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

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

Cabe agregar que, vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones, las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022)

entre muchas otras; como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud a que a favor de esta se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe a la afiliada.

Por lo anterior, se hace necesario modificar el numeral SEGUNDO para adicionar la devolución de los bonos pensionales si los hubiere, las comisiones, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia por el tiempo que estuvo vinculada en el fondo de pensiones, rubros que deben ir debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, pues como lo dispone la sentencia estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos se financiará las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, la devolución de **manera íntegra** a Colpensiones de todos los dineros aportados por el afiliado al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala de Decisión ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

VI. COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Protección S.A. como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

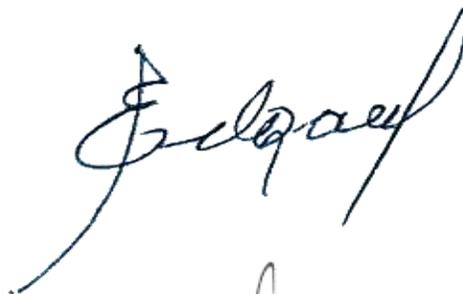
VII. RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral SEGUNDO de la sentencia de instancia, en el sentido de **CONDENAR** a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones además de lo ya indicado en este numeral, lo correspondiente a los bonos pensionales si los hubiere, las comisiones, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos; igualmente, al momento de cumplirse la orden dispuesta en este numeral, esta entidad deberá discriminar todos los conceptos ordenados a trasladar con sus respectivos valores, el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

SEGUNDO. CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Protección S.A.

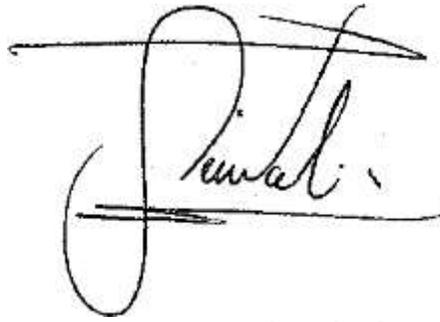
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



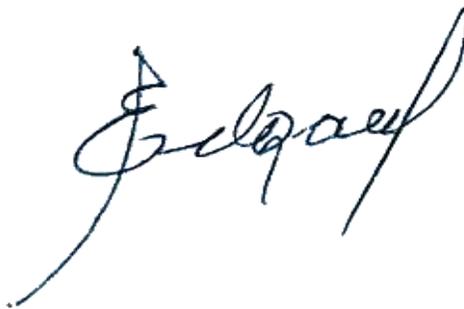
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fija como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Protección S.A., la suma de \$1.000.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente